الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف
الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق
أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

المجلد السادس

الهدايا - القسمة - الشفعة - الوكالة - الشركة - الرهون

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

الوصايا ـ القسمة ـ الشفعة ـ الوكالة ـ الشركة ـ الرهون

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى
١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ère Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3405-1
90000
9782745134059

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوصايا

وفيه مقدمتان وقسمان.

المقدمة الأولى:

في اشتقاقها ولفظها، قال الجوهري: أوصيت له: إذا جعلته وصيك، وأوصيت له بشيء الاسم: الوَصَايَةُ - بكسر الواو وفتحها - وَالْوَصَاة - أيضا -، ووصَّيْتُ وأَوْصَيْتُ بمعنى واحد، ووصَّيْت الشيء بالشيء - بتخفيف الياء - أصيه: إذا أوصلته[1] به، وأرض واصية، أي: متصلة النبات.

قال صاحب القبس: الوصية: قول أحدكما للآخر ليعمل به، وهو مخصوص بالغائب والميت؛ لتنفيذ مقاصدهما بالوصية.

وقال غيره: الوصية من وصيت الشيء بالشيء - كما تقدم - كأن الموصى وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

المقدمة الثانية: في مشروعيتها:

قال الله - تعالى -: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] الآية، وقال - تعالى -: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، فتقديمها على الميراث يدل على وجوب تنفيذها وصحتها.

واختلف في الأولى فقيل: المراد من لا يرث من الأقربين؛ كالعبيد والكفار، أو مسلم غير مستحق، ولم تنسخ. وقيل: منسوخة في الوالدين دون الأقارب. وقيل: منسوخة في الجميع بآية المواريث. ورجح الطبري وغيره الأول؛ لأن عدم النسخ أولى مهما أمكن.

قال صاحب المقدمات: والمشهور: النسخ. قاله[2] مالك في آية المواريث لكونها بعدها، وروى أن الناس كانوا يتوارثون بالوصية حتى نزلت آية المواريث، وهذا لا يعلم إلا توقيفًا؛ إذ ليس في آية المواريث ما يقتضي النسخ؛ لإمكان الجمع بين الفرض والوصية.

ويمكن التمسك في النسخ بقوله -عليه السلام -: «إِنَّ الله قَدْ فَرَضَ لِكُلِّ ذِي

---

(١) في ط: أوصيته.
(٢) في أ: قال.

حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[١] فنافى بين الوصية والفرض، وقيل: الناسخ قوله - عليه السلام -: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» على مذهب من يجيز نسخ القرآن بالسنة، وقاله مالك أيضا.

وقال على وابن عباس وعائشة -رضى الله عنهم-: المراد بالخير: المال الكثير الذى لا ضرر على الورثة فيه.

وأما السنة فقال صاحب القبس: أحاديثها كثيرة وأصولها أربعة:

الأول: فى مسلم قِيلَ لِعَبْدِ الله بْنِ أَبِى أَوْفَى: هَلْ أَوْصَى رَسُولُ الله ﷺ؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فَكيفَ كَتَبَ الْوَصِيَّةَ - أو - أَمَرَ بِالْوَصِيَّةِ؟ قَالَ: أَوْصَى بِكِتَابِ الله[٢].

الثانى: فيه وفى الموطأ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَىْء يُوصِى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»[٣] زاد مسلم: «أَوْ ثَلَاثًا»، قال صاحب «الاستذكار»: ويروى: «لَا يَنْبَغِى لِأَحَدٍ عِنْدَهُ مَالٌ يُوصِى فِيه تَأْتِى عَلَيْهِ لَيْلَتَانِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ».

والجمهور على عدم الوجوب إلا أن يكون عنده وديعة أو عليه دين، وقاله (ش).

وأوجبها أهل الظاهر؛ لأن الحق[٤] هو الثابت فصرح عليه السلام أنه لا يثبت للمسلم إلا الوصية [والنفى][٥] كالنهى، والنهى للتحريم وإذا حرم الترك وجب الفعل.

ويدل على عدم الوجوب قوله - تعالى - فى آية الوصية: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] والمعروف يختص بالمندوب، والواجب لا يختص بالمتقين؛ ولكونه عليه السلام لم يوص.

ويرد عليه أن جميع تركته - عليه السلام - صدقة فهو يكفى فى الوصية.

واختلف فى المال الذى تندب فيه الوصية أو تجب - على الخلاف - فعن على -

(١) أحمد (٤/ ١٨٦)، والترمذى (٤/ ٣٧٧، ٣٧٨) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث (٢١٢١)، وأبو داود (٣/ ١١٤) كتاب الوصايا: باب ما جاء فى الوصية للوارث (٢٨٧٠).

(٢) أخرجه مسلم (١٦/ ١٦٣٤)

(٣) البخارى (٥/ ٤١٩) كتاب الوصايا: باب الوصايا وقول النبى ﷺ «وصية الرجل مكتوبة عنده» (٢٧٣٨)، ومسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية: أول الوصية (١ - ١٦٢٧).

(٤) زاد فى أ: هو الحق.

(٥) سقط فى أ.

رضى الله عنه -: ألف درهم وترك اليسير للورثة أفضل؛ لقوله -عليه السلام-: «لأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»(١).

وعن عائشة -رضى الله عنها-: «لَا يُوصِى فِى ثَلَاثَةِ آلَاف مَنْ لَهُ أَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ».

ولا وصية لوارث إجماعًا؛ لما فى أبى داود قال -عليه السلام-: «إِنَّ الله قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»(٢). وهو الحديث الثالث، ولأنها لو جازت لانتقصت قسمة الله -تعالى- فى المواريث.

فإن أوصى لغير قرابته ردها طاوس على قرابته الذين لا يرثون، وقال الطحاوى: من أوصى لغير قرابته ختم عمله بمعصية، وقال ابن المسيب: إن أوصى لغير قرابته دفع لقرابته ثلث الثلث ويمضى لمن أوصى له عمله وقال الأئمة: إذا ترك قرابته محتاجين وأوصى لغيرهم بئس ما فعل ويمضى؛ لأنه ماله يفعل فيه ما يشاء لقوله -عليه السلام-: «إِنَّ الله تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِى أَعْمَالِكُمْ»(٣).

الحديث الرابع: فى مسلم قال سعد بن أبى وقاص: عَادَنِى - عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِى حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَى الْمَوْتِ فَقُلْتُ: يَا رَسُول الله، بَلَغَ بِى مَا تَرَى مِنَ الْوَجَعِ، وأنا ذو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِى إِلَّا ابْنَةٌ لِى وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَى مَالِى؟ قَالَ: لَا. قلت: أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فالثُّلُث؟ قَالَ: الثُّلُث وَالثُّلُث كثير؛

---

(١) البخارى (٥/ ٤٢٧، ٤٢٨) كتاب الوصايا: باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس (٢٧٤٢)، ومسلم (٣/ ١٢٥٠، ١٢٥١) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث (٥ - ١٦٢٨).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٤) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث، حديث (٢٧٠٩)، والبيهقى (٦/ ٢٦٩) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث، والخطيب فى «تاريخ بغداد» (١/ ٣٤٩) كلهم من طريق طلحة بن عمرو المكى عن عطاء بن أبى رباح عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم».

والحديث ذكره الحافظ فى «التلخيص» (٣/ ٩١) وعزاه - أيضًا - للبزار.

وقال البزار: لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو، وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوى.

قال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٣٦٦): هذا إسناد ضعيف، طلحة بن عمرو الحضرمى المكى ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والبخارى وأبو داود والنسائى والبزار والعجلى والدارقطنى وأبو أحمد الحاكم، وغيرهم. ا. هـ.

إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[١].

قال صاحب التنبيهات: روى عن مالك فى الحديث الثانى: يريد أن يوصى فيه وتفويض ذلك إلى إرادته يقتضى عدم الوجوب.

ومنهم من خصص الوجوب بما له بال وجرت العادة بالوصية فيه؛ لأن تكليف الوصية كل يوم شطط.

وخصصه بعضهم بالمرض ومعنى قوله «مكتوبة» عند العلماء، أى: مشهود عليها، وإلا فلا تمضى إلا أن يكتبها بخطه، وقال إذا مت نفذوها فتنفذ إذا عرف أنها خطه.

وقال ابن يونس: قيل: معنى الحديث: بقيت موعوكًا. قال صاحب المقدمات: الحديث محمول على الندب، وهو فى الصحيح والمريض؛ لأن الصحيح قد يموت فجأة وهى فى المريض آكد، ومتى كان المال قليلًا فترك الوصية وإبقاؤه للمال أفضل.

قال اللخمى: الوصية خمسة أقسام:

واجبة: فى حقوق الله - تعالى - كالزكاة والكفارات فرط فيها أم لا، وحقوق الآدمى كالدين والوديعة إذا لم يتقدم الإشهاد بها وكذلك الغصوب والتعدى.

ومندوبة: وهو ما فيه قربة ولا يضر الوارث؛ لكثرة المال ويظن فيها من الثواب أكثر من ثواب الترك للوارث.

ومكروهة: وهى التى يكون الثواب فى الترك أكثر.

ومباحة: وهى إذا استويا، ولا تتعلق بها طاعة ولا معصية.

ومحرمة: وهى التى تتعلق بها معصية.

وتنقسم بوجه آخر: إن كان الموصى له موسرًا؛ فهى مباحة، أو معسرًا: فمستحبة وإن كان معسرا وقريب الموصى كذلك استحبت: للقريب وكرهت للأجنبى، وقاله الأئمة؛ لأنها فى القريب: صلة وصدقة، فإن استوت القرابات درجة وإعسارا؛ قدم الأقرب والصغير أولى من الكبير؛ لتأخر[٢] حاجة الصغير وعجزه،

---

(١) أخرجه البخارى (٣/١٩٦) كتاب الجنائز: باب رثاء النبى ﷺ سعد بن خولة (١٢٩٥)، ومسلم (٣/ ١٢٥٠، ١٢٥١) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث (٥ - ١٦٢٨).

(٢) فى أ: لتدحر.

ومتى كان قبل الصحيح حق لله - تعالى - وجب إيصاله[١] - الآن - لمستحقه، ولا يجعله وصية، وإن كان عنده وديعة أو قراض تقدم الإشهاد فيه اختلف [فى وجوب][٢] الإشهاد واستحبابه بناء على أن الأمر للوجوب أم لا؟.

* * *

(١) فى أ: اتصاله.
(٢) فى أ: وجه.

القسم الأول

الأمر بتنفيذ تصرف واقع قبل الموت

وفيه بابان:

الباب الأول

فى أركانه

ثم الوصية تنقسم إلى ما يفيد الأمر بتنفيذ تصرف الموصى ومقاصده، وإلى ما يفيد ولاية للغير فى إنشاء مقاصد الموصى فى ماله أو ولده.

القسم الأول: وهو الأمر بتنفيذ تصرف واقع قبل الموت، وفيه بابان:

* * *

الباب الأول

فى أركانه، وهى أربعة:

الركن الأول: الموصى.

وفى الجواهر: تصح الوصية من كل حر مميز مالك، فتبطل وصية العبد؛ لأن ماله للسيد، والحر جعل له ثلث ماله يوصى به، وتبطل من المجنون والصبى الذى لا يميز؛ لأنهما مسلوبا العبارة وأهلية التصرف؛ قياسا على البهائم.

وتصح من السفيه المبذر وكذلك الصبى المميز إذا عقل وجه الفرق[1] وأصاب الوصية بألا يكون فيها تخليط، وتنفذ وصية الكافر كما تنفذ صدقته إلا أن يوصى بخمر أو خنزير لمسلم؛ لعدم قبول ذلك للملك، ولا تنفذ وصية المرتد، وإن تقدمت ردته الوصية؛ لأن الوصية إنما تعتبر زمن التمليك وهو زمن الموت وقاله (ش) فى الجميع.

قاعدة: تنفيذ تصرفات المكلفين إنما هو وسيلة لبقاء نفوسهم، فإن بقاء العين مع تعذر كل المقاصد محال، والمرتد أسقط الشرع حرمة نفسه ودمه فتصرفاته بطريق أولى.

قاعدة: تعرف عند الأصوليين بجمع الفرق، وهو: أن يقتضى المعنى الواحد حكمين متناقضين كالسفه يوجب رد تصرفات السفيه والصبى؛ صونا لمالهما على مصالحهما، وتنفذ وصيتهما صونا لمالهما على مصالحهما؛ لأن الوصية تثمر خيرًا لهما فى الدار الآخرة، ولو ردت لأخذ المال الوارث، فصون المال على المصالح اقتضى تنفيذ التصرف ورده، وهما حكمان متناقضان.

وفى الكتاب: تنفذ وصية ابن عشر سنين؛ لأن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قيل له عن صبى ابن عشر سنين غريب بالمدينة ومعه ابنة عمه وله مال ولا وارث له، فأمره عمر أن يوصى لابنة عمه، فأوصى لها ببئر جُشَمٍ فَبِيعَتْ بِثَلاثِينَ أَلْفًا، فَأَجَازَهُ عُمَرُ رَضِى الله عَنْهُ[2].

(١) فى أ: الغرر.
(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٦٢) كتاب الوصية: باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه (٢٢).

قال اللخمى: قال محمد: تجوز من ابن عشر سنين.

وقال أشهب: إذا عقل الصلاة.

وقاله مالك وقال عبد الملك: إذا كان مراهقا ومال إلى التقرب إلى الله تعالى.

فرع: قال التونسى: إذا ادَّان المولى عليه ثم مات، لم يلزم إلا أن يوصى به وقد بلغ مال الوصية فتجوز فى ثلثه لعدم لزومه، وقال ابن كنانة: إن لم يسم إلا ذلك الدين فمن رأس ماله؛ لأن الأصل رد الديون.

قال صاحب «المنتقى»: له الوصية به من ثلثه، ويقدم على الوصايا.

قال ابن كنانة: إن وصى به فى رأس المال لم يمض لعدوله به عن الوصايا.

قال ابن القاسم: للسفيه تدبير عبده فى المرض، فإن صح بطل؛ كالوصية والتبرع، وأبطله أشهب مطلقا؛ لأنه ليس وصية بل بتلا، وتبتل السفيه باطلٌ، وجوزه ابن كنانة إن قل الثمن وإلا فلا.

[فرع: قال: لو أوصى الصبى إلى غير وصية بتنفيذ وصاياه؛ منع ذلك، ويتولى الوصى؛ لأنه لا يتمكن من عزله][١].

فرع: قال صاحب البيان: قال سحنون: ليس للنصرانى من أهل العنوة، ولا من أهل الصلح الذين عليهم الجزية كل واحد على جمجمته شىء يؤديه عن نفسه ولا يؤخذ غنيهم بمعدمهم أن يوصى إلا بثلثه[٢]؛ لأن المسلمين ورثته بخلاف المصالحين على أن جملتهم شىء معلوم لا ينقص بموت أحدهم، ولا بعدمه؛ لأن مال الميت لأهل خراجه يستعينون به فيه.

قال صاحب المنتقى: قال ابن القاسم: إذا أوصى للكنيسة بماله كله، ولا وارث له؛ دفع للأساقفة الثلث، يجعلونه حيث أوصى، والثلثان للمسلمين.

أما من هو من أهل الصلح الذين المال على جملتهم ولا ينتفعون بموت من مات ولا إعدام من افتقر، فله الوصية بماله كله؛ لأن ميراثه لهم عند ابن القاسم.

وقال ابن حبيب: ميراثه للمسلمين إذا لم يكن له وارث من أهل دينه، وقد قيل فى أهل العنوة: مالهم للمسلمين، ولا وصية لهم فى ثلث ولا غيره؛ لأنهم فى حكم

(١) ما بين المعقوفين سقط فى (أ).
(٢) فى أ: بثلاثة.

العبيد المأذون لهم فى التجارة.

نظائر: قال صاحب الخصال: أربعة تجوز وصاياهم دون تصرفاتهم: الصبى والصبية، والمحجور عليه، والأحمق، والمصاب الذى يفيق[(١)] أحيانا فى تلك الحال.

وقال (ح) وصية الصبى غير نافذة؛ قياسا على تصرفاته فى الحياة، وهو أحد قولى (ش)، والفرق يعرف مما تقدم، وخالفنا فى العبد، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد؛ لأنهم لا يملكون عنده.

الركن الثانى: الموصى له:

وفى الجواهر تصح لكل من يصح له الملك ويتصور، فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حيا، صحت الوصية؛ لأن مصالح المال يمكن حصولها من الحمل فى المستقبل؛ كما جوز شراء الجحش الصغير، وإن كان فى الحال لا يحصل منه مقصود الملك، بل باعتبار المآل، ولو أسقطته بعد موت الموصى، ولم يستهل صارخا، بطلت الوصية؛ لانكشاف الغيب عن بطلان أهلية الملك، وقاله فى الكتاب، ولو أوصى لحمل سيكون، صح لتوقع الانتفاع كبيع الرضيع.

فرع: قال اللخمى: تجوز وصيته لعبده وعبد وارثه إذا لم يكن معه وارث سواه؛ لأنه له انتزاعه فليس فيه إزواء[(٢)] عنه، وإن كان معه وصايا حاص[(٣)] بوصيته.

وإن كان معه وصايا، جازت فيما قل نحو الثوب والشىء الخفيف؛ لعدم التهمة، وبأكثر من ذلك لقضاء[(٤)] دين عليه والقضاء يزيد فى ثمنه الشىء اليسير؛ لأنه لا يتهم بالوصية لسيده الوارث حينئذ.

وتجوز وصيته لمدبره وولده وأم ولده باليسير، والمكاتب بالكثير لكونه أحرز ماله؛ كالأجنبى إن كان يقدر على أداء كتابته من غير الوصية.

قال أشهب: فإن لم يقدر إلا من الوصية والأداء أفضل لسيده، امتنع، أو العجز أفضل جازت؛ لعدم التهمة.

---

(١) فى أ: يعتق.
(٢) فى أ: أداء.
(٣) فى ط: خاصة.
(٤) فى أ: القضاء.

قال: وأرى الجواز مطلقا؛ لأن القصد الخروج من الرق، وقد اختلف فيمن زوج ابنته في مرضه وضمن الصداق، فقيل: الضمان جائز وهى وصية للزوج، وإن كانت المنفعة تصير للابنة. وقيل: يمتنع.

وقال (ش): الوصية لعبد الوارث وصية للوارث؛ لأن العبد لا يملك عبده فتمتنع، وكذلك الوصية لعبد نفسه؛ لأنه وقت نفوذ الوصية ملك للوارث بخلاف أم الولد والمكاتب والمدبر، والوصية عنده لعبد الغير وصية للسيد ويقبل العبد دون إذن سيده؛ قياسا على تملكه بالأسباب الفعلية كالصيد والاحتطاب.

قال اللخمى: وإذا أوصى لعبده بماله أو لعبد وارثه لا ينتزع الورثة ولا سيد العبد الوصية؛ لأنه يؤدى إلى بطلانها، وإن بيع بيع بماله، وللمشترى الانتزاع؛ لعدم منافاة الوصية.

وقال أشهب: تقر بيد[1] العبد حتى ينتفع بها ويطول زمان ذلك ولا ينتزعونها إن باعوه قبل الطول، قال: والأحسن عدم الانتزاع مطلقا؛ لأنه قصد الموصى، قال: وكذلك المشترى؛ لأن البيع على أن ينتزع كانتزاع الوارث. وأجاز ابن القاسم: إذا أوصى لعبد أجنبى أن ينتزع سيده قال: والقياس عدم الانتزاع؛ لما تقدم.

وفى «الجواهر»: لا يفتقر فى القبول إلى إذن سيده؛ لأنه صحيح العبارة وإنما حجر عليه السيد.

فرع: فى الجواهر: تصح الوصية للمسجد والقنطرة ونحوهما، وإن لم يملكا؛ لأن الوصية للمسلمين لحصول تلك المصالح لهم.

فرع: قال: تصح للذمى كالصدقة عليه. قال: وكرهها أبو الحسن للحربى، ومنعها (ش) للحربى ولكل ما لا قربة فيه؛ لقوله -عليه السلام -: «إِنَّ الله أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِى آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِى حَسَنَاتِكُمْ»[2] وما لا قربة فيه لا حسنة فيه.

وجوابه: له الصرف[3] للحربى وفى المباح حالة الحياة ولو وهب الحربى ثلث ملكه إجماعا فكذلك بعد الوفاة؛ عملا بالقياس والاستصحاب.

قال صاحب المنتقى: تجوز الوصية للذمى والحربى، وقيل: تمتنع، وقاله (ح).

---

(١) فى أ: تقرسد.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: التصرف.

فرع: قال التونسى فى كتاب محمد: لو أوصى لأخيه وارثه فولد له، ثبتت الوصية؛ لصيرورته محجوبا غير وارث، وكذلك لو ظهر له حمل بعد موته، وعند ابن القاسم: إنما ثبتت الوصية إذا علم(١) بالولد حتى يكون مجيزا لها.

وأما إقراره بالدين لغير وارث فصار وارثا، يلزمه؛ لعدم التهمة عند الإقرار، بخلاف الوصية؛ لأن له الرجوع عنها، فكأنه أنشأها بعد أن صار وارثا.

وفى كتاب محمد: حمالته فى مرضه عن وارثه جائزة صحَّ أم لا؟ وولد له فى مرضه ولو مات ذلك الولد فعاد وارثا على حاله ثبتت الحمالة؛ قاله أشهب، ومشهور [(ش)](٢): أن المعتبر من هو وارث عند الموت وقبل يوم الوصية، وروى عنه: الوصية للوارث باطلة لقوله - عليه السلام -: [«لَا وَصِيَّةَ لِوَارِث» وعند الصحة، ويتوقف على إجازة الورثة؛ لقول النبى ﷺ](٣): «لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ وَصِيَّة إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ»(٤)، ووافقنا فى جواز البيع من الوارث بغير محاباة كالأجنبى، ومنع (ح) ؛ لأنه يخصه بعين المبيع والورثة يستحقون ذلك، وكذلك تمتنع الوصية لهم بالثلث وإن كان يملك صرفه للأجانب.

وجواب الأول: لا نسلم استحقاق الورثة للعين، بل لهم الثلثان شائعان فقط.

وعن الثانى: أن الوصية له بالثلث بغير الفرض المقدر له شرعا.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى لوارث وأجنبى تحاصَّا وحظ الوارث يكون ميراثا إلا أن يجيز الورثة، فإن لم يبتد إلا هذا الوارث لم يحاصص فى ضيق الثلث وبدى الأجنبى.

قال يحيى بن سعيد: إن أوصى بثلثه فى السبيل، فإن أراد وارثه الغزو به وله ورثة غيره يريدون الغزو، غزوا فيه بالحصص؛ لئلا يخصص بعض الورثة بشىء من التركة، فإن لم يرثه غيره أنفق منه فى ذلك.

قال ربيعة: لو أوصت لبعض الورثة بوصية وفى السبيل بوصية أخرى فأجاز

---

(١) فى أ: إذا لم يعلم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٥٢) حديث (١٠)، والبيهقى (٦/ ٢٦٤) عن عمرو بن خارجة مرفوعًا وضعفه البيهقى، وأخرجه الدارقطنى أيضا (٤/ ١٥٢) (٩، ١١) من حديث ابن عباس.

الزوج ثم قال: إنما أجزته؛ رجاء أن يعطونى فى وصية السبيل؛ لأنه غاز ليس ذلك له ونفذ ما أجازه.

قال صاحب النكت: قال بعض الشيوخ فى قول سعيد «يغزون بالحصص»، أى: بقدر كفايتهم، فإن ضاق الثلث تحاصوا بمقادير الكفاية على قدر مواريثهم.

قال ابن يونس: إن أوصى لجميع ورثته وأجنبى وأنصباؤهم فى الوصية والميراث سواء، فالأجنبى مقدم؛ لتقدم الوصية على الميراث، إلا أن يكون الورثة ذكورا وإناثا وسوى بينهم فى الوصية فيعلم أنه خص الإناث بزيادة على ميراثهم فيحاصص الأجنبى، واختلف فى صورته: فقال ابن القاسم: إذا أوصى لابنه ولابنته وأجنبى كل واحد بمائة، تحاصص الابنة بخمسين؛ لأنها الزيادة على ميراثها، لما أعطى الذكر مائة، وقال غيره: يحاصص بثلث المائة؛ لأن أصل ميراثها من مائتين لثلاثمائة فتحاصص بالزائد.

قال ابن وهب: إن أوصى بثلثه لإخوته - وهم: شقيقان، وأخوان لأم، وأخوان لأب ولم يدع غيرهم:

قسم الثلث ستة: فحصة أخوى الأب لهما؛ لأنهما لا يرثان ويضم الباقى إلى ثلثى المال ميراثا، ولو أوصى لهم بذلك وله ابن فمات الابن قبل موته، فالجواب سواء.

قال مالك: إذا أوصت لبعض ورثتها فقال الزوج: بئست الوصية وما علمت أنه لا وصية لوارث يحلف ولا يلزمه ذلك.

قال اللخمى: قال عبدالملك: إن ترك وارثًا واحدًا وأوصى بثلث لأجنبى ثم قال: ثلثى لوارثى، أو عكس إن تأخر الأجنبى، فله الثلث، أو الوارث، فله الثلث؛ لأنه انتزاع من الأجنبى، فجعل الثلث كالعبد المعين يوصى به مرتين.

قال صاحب المنتقى: قال عبد الوهاب: إذا أوصى لوارثه وأجنبى فيه تفصيل:

إن كان مع الوارث وارث آخر فعن مالك: يحاص الأجنبى فى الثلث فما صار له أخذه أو للأجنبى فميراث، وإن لم يكن معه وارث غيره يعلم إرادة تفضيله عليه أو أوصى لجميع الورثة مع الأجنبى وقد استووا فى الوصية وسهام الميراث فلا محاصة.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا أوصى لوارث فباع الوارث العين[١] بعد موت الموصى فللورثة الثمن لا القيمة، إذا لم يحاب؛ لأنه باع لشبهة، فإن حابى، فلكل وارث رد ما يخصه، وإن فات لزم البائع فى ماله، فلو ابتاع ما قيمته عشرة بعشرين من وارثه، أو بالعكس، قال ابن القاسم: إن لم يجز الورثة، فسخ البيع وليس له إتمام الفضل؛ لأن العقد عدل به عن البيع إلى وصية لوارث. وقال أشهب: له ذلك؛ لأن المنع إنما كان لأجل الفضل.

فرع: فى الكتاب يجوز لولد الولد إذا لم يرث فإن مات أحدهم وولد غيرهم بعد موت الموصى قبل القسمة فذلك؛ كقوله: لأخوالى وأولادهم أو بنى أخى أو لبنى فلان؛ فهو لمن حضر القسم، ولا يحسب من مات بعد موت الموصى، ولا يحرم المولود بعده؛ لأنه لم يعين أحدا، وكذلك: لموالى فلان، فيموت البعض [ويولد البعض][٢] ويعتق آخرون، وإن قال: لهؤلاء وهم عشرة، فمن مات فنصيبه لورثته؛ لأجل التعيين.

قيل: لابن القاسم: لو قال: ثلثى لولد فلان وهم عشرة. قال: قال مالك: إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد فلان يؤثر المحتاجون ولم أسمع منه فى الوصية شيئًا وأراهما سواء.

قال سحنون: وهذه المسألة أحسن من قوله فيمن أوصى لأخواله وأولادهم، وقد روى ابن وهب مثل رواية ابن القاسم وليست الوصية لأخواله بشىء ناجز كوصيته بغلة موقوفة تقسم إذا حضرت كل عام، ووصيته لأخواله وولد فلان بمال ناجز وهم معروفون لقلتهم ويعلم عددهم، كالوصية للمعينين، بخلاف الحبس على بنى تميم أو المساكين، فهو لمن حضر القسمة.

قال صاحب التنبيهات: تأول سحنون أنه اختلاف من قول ابن القاسم لقوله أولًا: إنما تكون لمن أدرك القسمة، فجعلهم كالمجهولين، ولقوله أخيرًا[٣]: «هو بينهم بالسوية» أنه جعلهم كالمعينين المعروفين، والخلاف فيه معلوم.

قال عبد الملك: يحمل على التعيين حتى يعلم أنه أراد التعقيب[٤]، وهو قول

(١) فى أ: المعين.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: أحراهم.
(٤) فى أ: التعيين.

سحنون بخلاف قوله: لبني تميم، ولأشهب قولان: أحدها: مثل هذا، والآخر: يحمل على الجهالة.

ويقسم على من حضر دون من مات، ورواه عن مالك.

وقاله محمد، إلا أن يسميهم أو يعلم أنه قصد أعيانهم، وقال غير سحنون: ما في الكتاب ليس بخلاف، وإنما تكلم عن صفة اختلاف القسم بين الوصايا والحبس.

قال صاحب النكت: قال بعض القرويين: إذا أوصى لبني فلان فعلى ثلاثة أوجه: إن لم ينضبطوا لكثرتهم، فلمن حضر القسم اتفاقا، أو معروفين، فنصيب الميت باق اتفاقا، ويقسم بالسواء بينهم، أو ينحصروا بعد مشقة، فهو موضع الخلاف.

قال التونسي: لو أوصى لولد فلان ولا ولد له وهو يعلم ثم ولد له، ينبغي له أن يوقف ذلك؛ حتى يكبر وينتفع، ويوقف لغيره حتى ينتفعوا؛ لأنه لما علم عدم الولد فقد قصد نفع الذرية بجملتهم، فلا يختص بالانتفاع لبعضهم حتى ينقرضوا فيكون لورثتهم، وحكى عن بعض الناس أنه لأول ولد بتلا.

فرع: قال التونسي: إن أوصى لقرابته أو لأهله، قيل: هم عصبته دون أخواله وأخته وابن أخته إلا ألا يكون[1] له قرابة إلا من جهة النساء، فذلك قرينة دالة على إرادتهم.

وقال أشهب: يدخل من تقدم لصدق الاسم عليه.

وفي المنتقى: قال أشهب: لا يدخل قرابته الوارثون ويدخل النصارى؛ لأنه عرف الاستعمال.

فرع: قال: إن أوصى لمواليه، حمله ابن القاسم على الأسفلين؛ لأنه المفهوم من كلام الناس عنده، وقسمه أشهب بين الأعلين والأسفلين نصفين، إن كان الأعلون ثلاثة فأكثر، فإن كان أحدهما ثلاثة والآخر عشرة، وقسمته إنما هي من باب الشك بأن تكون لهؤلاء وتارة تكون لهؤلاء فهو كمال ادعاه[2] الجميع يقسم بينهما نصفين، فإن كان أحدهما ثلاثة، والآخر أقل، فهو للثلاثة؛ لأن الأول لا يسمى

(١) في أ: أن يكون.
(٢) في أ وط: تداعياه، والمثبت الصواب.

موال، وإن كانا اثنين اثنين، أو واحدا واحدا فهو لجملتهم؛ لاشتراكهما فى عدم صدق الاسم عند الانفراد فدل هذا على أنه أراد جملتهم.

فإن كان له أنصاف موالٍ أعطوا نصف ما يعطى المولى(١) الحر كله.

قال: ولعله يريد أنه أعتق نصفا، وأعتق غيره نصفا وإذا اجتمع موال من قبل الأب، وموال من قبل الأم قُدِّم الأقرب فالأقرب من مواليه، ويعطى الآخرون منه إن كان فى المال سعة، ويؤثر الأحوج وإن بعد. وقيل: يدخل فيه موالى الموالى.

قال ابن يونس: قال مالك: يدخل فى مواليه، أم ولده، ومدبره، والموصى بعتقه إذا عتقوا بعد موته من الثلث، بخلاف المعتق إلى أجل والمكاتب إن سبقهم القسم، فإن أديت الكتابة وحل الأجل قبل القسم دخلوا لتناول الاسم لهم.

وقال ابن القاسم: يدخلان وتوقف لهما، فإن عتقا أخذاه، وإلا رجع إلى بقية الموالى.

وقال عبد الملك: إذا لم يحل أجل المعتق لا يدخل؛ لأنه ليس مولى عند الوصية إلا أن تكون غلة تتكرر نحو الثمرة فيأخذ ما وافق العتق لتحقق الوصف حينئذ، قال مالك: ويدخل موالى الموالى مع الموالى.

وقال عبد الملك: إن قال: على موالى عتاقى، اختص بمن باشر عتقه، أو قال: لموالى وهم محصورون(٢) لقلتهم فكذلك، وإلا اندرج الجميع لتناول الاسم.

قال اللخمى: أدرج مالك فى لفظ الموالى موالى الأجداد والجدات والإخوة دون موالى بنى الإخوة والعمومة؛ وقال قبل ذلك: يختص بمعتقه وأولادهم.

قال: وهو أحسن حتى يدل دليل على غيرهم من قرينة حال.

فرع: قال ابن يونس: قال أشهب: إذا أوصى لبنى فلان وهم أربعة يعلم عددهم أم لا؟ فمات بعضهم قبل موت الموصى(٣) وولد آخرون، فالوصية لمن بقى دون المولود والميت، ولو سماهم لحرم المولود وأخذ(٤) وارث الميت؛ لأن التسمية تعيين.

---

(١) فى أ: الموالى.
(٢) فى ط: يحصرون.
(٣) فى أ: الوصى.
(٤) فى ط: وآخر.

قال محمد: إذا كانوا معينين[(١)] وعلم أنه قصدهم بأعيانهم لا يحرم الميت دون المولود، قاله مالك وأصحابه.

فرع: قال: إذا أوصى لتميم لا يدخل الموالى عند مالك؛ لأن الصفة لا تتناولهم وخالفه أشهب لأنه العادة، بخلاف قوله: لبنى تميم فهذا يختص؛ لأن مواليهم ليسوا من بنيهم، وسوى عبد الملك فى الدخول؛ وقال: قد تكون قبائل لا يحسن فيها لفظ بنى، نحو: قيس، وربيعة، ومزينة، وخزاعة.

فرع: قال: قال أشهب: ولد عبد الله يختص بالذكور، وبنى فلان يعم الذكور والإناث. قال ابن القاسم: لولد فلان، وهم عشرة ذكور وإناث، هو بينهم بالسوية؛ لأن الولد يتناول الذكر والأنثى، ولفظ الابن يختص بالذكر؛ ولذلك قال الله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] ولم يقل: فى أبناءكم ليعم.

وقال أشهب: يقسم على قدر الحاجة، وإذا قال: لبنى فلان فإذا هم بنات كلهن فهو بينهن، وكذلك لو مات ذكورهن بعد الوصية، قاله ابن القاسم؛ لأن الأنثى يتناولها لفظ البنين ولا يندرج الذكور فى لفظ الإناث، ويندرج بنات البنين دون أبنائهم؛ كما يدخل ولد الولد مع الولد.

فرع: قال: ولا يندرج ولد الصلب فى لفظ الأقارب، قاله مالك، فإن لم يترك غير ولد البنات وولد الخالات أعطوا.

قال أشهب: يدخلون، وقد تقدم تقريره فى الحبس، وذوى رحمى وقرابتى سواء، يدخل كل ذى رحم محرم من الرجال والنساء كان محرما أم لا. ولا يفضلون بالقرب بل بالحاجة، ولا يدخل الوارثون لقرينة حرمان الشرع لهم، ويدخل قرابته النصارى، [ويندرج الموالى][(٢)] فى لفظ الأقرب، ويقدم الأقرب فالأقرب، والأخ أقرب من الجد؛ لأنه يدلى بالبنوة.

قال ابن كنانة: ومتى سماها صدقة فلا يعطى إلا المحتاج، ويدخل فى لفظ الأهل والقرابة عند مالك ولد البنات، وخالفه ابن القاسم.

قال الطرطوشى: إذا أوصى لأقاربه[(٣)] أو قرابته أو الأقربين، روى ابن القاسم عن

---

(١) فى ط: معنيين.
(٢) فى أ: ولا يندرج الوالى.
(٣) فى أ: لامرأته.

مالك: لا يدخل ولد البنات، وولد الخالات، وروى غيره: يدخل جميع قرابته من الأب والأم. وعن ابن القاسم: لا يدخل القرابة من قبل الأم ولا بنو البنات.

قال القاضى أبو الحسن: قرابتى - عند مالك - لولدى، وولد ولدى، لا يدخل فيه ولد البنات.

وقال ابن القطان: يدخلون.

وقال (ح): يدخل كل ذى رحم محرم إلا الوالدين والمولودين وابن العم.

وقال (ش): يدخل قرابته من قبل أبيه وأمه.

وقال أحمد: يدخل قرابة الأب دون الأم، ولا يتجاوز الأب الثالث، ويختص المسلم به دون الكافر.

لنا على الحنفية[1]: لما نزل قوله - تعالى -: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤] نادى عليه السلام: «يَا عَبَّاسُ يَا فَاطِمَةُ لا أُغْنِى عَنْكُمَا مِنَ الله شَيْئًا»[2] فدل على اندراج العم والولد فى الأقربين.

ولأن عمود النسب أصل القرابة، والأصل أولى بالاندراج.

ووافقنا (ش) على أنه لو أمن فى الحرب القرابة اندرجوا، واحتج بقوله - تعالى -: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] فأفردهما من الأقربين.

ولأن[3] الولد والوالد لا يفهمان من لفظ القرابة فى العرف فلا يصرف إليهما؛ كالأجنبى.

ولأنه مال يستحق[4] بالقرابة فلا يدخل فيه ابن العم؛ قياسا على النفقة.

والجواب عن الأول: أنها أصل القرب القرابة فكيف لا يندرجان؟ وإنما أفردهما لعظمهما؛ كما أفرد جبريل - صلوات الله على نبينا وعليه - فى قوله - تعالى -: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ﴾ [البقرة: ٩٨] وكما أفرد ﴿وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠] وكقوله: ﴿وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ﴾ [النحل: ٩٠] ونظائره كثيرة.

---

(١) فى ط: الحقيقة.

(٢) أخرجه البخارى (٨/ ٣٦٠) كتاب التفسير: باب ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ (٤٧٧١)، ومسلم فى المصدر السابق (٣٥١ - ٢٠٦).

(٣) فى أ: وأنه.

(٤) فى أ: سحنون.

وعن الثانى: لا يلزم من عدم دلالة العرف عليهما؛ خروجهما لدلالة اللغة عليهما كما أن الأخ لا يفهم من القرابة فى لفظ العرف، وهو يندرج، ولو صح قولكم لم يدخل فى الأمان، وابن العم يدخل فى القرابة عادة ولغة فلا يدخل فى الوصية باسم القرابة. وعن الثالث: أن الأخوة لا نفقة لهم مع اختلاف الدين ومع الغنى ويدخلون فى الوصية.

ثم المعارضة؛ بأنه مال مستحق بالقرابة فيدخل ابن العم؛ كالميراث، وهذا القياس أولى؛ لأن الموت شرط فى الميراث والوصية بخلاف النفقة.

فرع: فى البيان: إذا أوصى لابن السبيل، قال مالك: لا يندرج اليهود ولا النصارى؛ لأن الناس لا يقصدون بوصاياهم الكفار، والوصية للكافر[١] مكروهة؛ لأن المسلم أولى منه إلا أن يكون قريبا؛ فلا تحمل الوصية على المكروهات.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا أوصى للفقراء وله أقارب فقراء لا يندرجون؛ لأنه لو أرادهم لعينهم.

فرع: قال ابن يونس: ولفظ الجيران لمن يواجهه ويلصق بمنزله من ورائه وجنبه دون من بينهما السوق المتسع، ويقتصر فى الدار العظيمة الكثيرة المنازل، إذا أوصى بعض سكانها عليها، فإن شغل الموصى أكثرها وسكن معه غيره فالوصية لمن خارجها لا لمن فيها، وإن سكن أقلها اختصت بمن فيها.

قال سحنون: قال عبد الملك: جوار البادية أوسع من هذا، وقد يكون الجار على أميال إذا لم يكن دونه غيره إذا جمعهم المأوى والمسرح.

وقال سحنون: كل قرية صغيرة ليس لها اتصال بالحارات[٢] فهم جيران.

قال عبد الملك: وإذا أوصى لجيرانه إنما يعطى الجار الذى له السكن والزوجة وولده الكبير البائن عنه بنفقته، ولا يعطى الصغير والبنت البكر ولا خدمه ولا ضيف ينزل به، ويعطى الجار المملوك إذا سكن بيتا على حدة، كان سيده جارا أم لا.

وقال سحنون: يعطى الولد الصغير والبكر بالاجتهاد.

فرع: قال اللخمى: إن أوصى لولد فلان ولا ولد له إلا حَمْلٌ حملت الوصية

---

(١) فى ط: للكفار.
(٢) فى أ: فى الحارات.

عليه، فإن أسقطته أو ولد ميتا سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حمل والموصى يظن أن له ولدا، بطلت الوصية؛ لعدم المحل، وإن كان عالما حملت على من يولد بعد، فإن كثروا فمن ولد تجر له بذلك المال، وإن ولد آخر تجر له مع الأول.

ومن بلغ تجر لنفسه، فإن خسر أو ضاع منه شيء [حين التَّجْر به][(١)] لم يضمن؛ لأن الميت رضي بالوصية مع توقع ذلك والصغير لم يضمن ذلك، فإن[(٢)] بلغ وتجر لنفسه ضمن الخسارة والسلف لأجل وضع يده.

فرع: قال: ولو أوصى لميت لا يعلم بموته بطلت الوصية؛ لعدم المحل، أو يعلم ووصى[(٣)] وفي بها دينه وورثت عنه، قاله مالك؛ لأن ذلك مقصد الموصي ويقدر تقدم ملكه قبل موته؛ كما يقدر ذلك في دية الخطأ فإنها تورث، ولا يملكه في الحياة لبقاء الروح، وعنه: الوصية باطلة؛ لعدم من يصلح للملك؛ وقاله الأئمة؛ قياسا على الوصية للجهاد.

فرع: قال: إذا قال: لآبائي، دخلت الأجداد والأمهات والجدات؛ كما يقال للناس: أولاد آدم وحواء، فإن لم يجز الورثة للآباء خُوصِص الأجداد والجدات بما ينوبهم[(٤)]، وكان نصيبهم ميراثا، ويندرج[(٥)] في الأعمام العمات من كل جهة؛ كالأم مع الأب؛ لأن هذه مجازات غالبة[(٦)] والألفاظ تحمل على العوائد، وتندرج في عصبتي نسب الأب الذكور - وإن بعدوا - دون الإناث؛ لأن التعصيب من المعارضة والتقوية، ومنه: عصب الحيوان، وذلك مختص عادة بهؤلاء دون من هو من قبل الأم.

فرع: قال: والأهل والآل سواء؛ لأن الهمزة بدل من الهاء؛ كما في قوله - تعالى -: ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [الحاقة: ١٩] أي: هاكم، فهم العصبة والأخوات والعمات دون الخالات، قاله ابن القاسم. فجعله لمن كان من قبل الأب الذكور والإناث، دون من

(١) في ط: حتى التجربة.
(٢) في ط: فإذا.
(٣) في ط: وصى.
(٤) في أ: يرثهم.
(٥) في أ: وندرج.
(٦) في ط: عالية.

هو من قبل الأم.

وقال مطرف: يدخل الأخوال والخالات، وبنوهم الذكور والإناث، وبنو البنات ذكورهم وإناثهم.

فرع: قال: وقوله: إخوتى، يتناول الأشقاء والأب والأم؛ لأن الأخوة هى المساواة فى صفة، ومنها قوله - تعالى -: ﴿كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَّعَنَتْ أُخْتَهَا﴾ [الأعراف:٣٨] أى: المساوية لها فى صفة الكفر، وقوله - تعالى -: ﴿وَمَا نُرِيهِم مِّنْ ءَايَةٍ إِلَّا هِىَ أَكْبَرُ مِنْ أُخْتِهَا﴾ [الزخرف:٤٨] ؛ لاستوائهما فى صفة الدلالة.

ويقال(١): هذه النخل أخت هذه، والأخوة مستوية، إما فى صفة الخروج من الظهر أو من الرحم أو منهما، وهم الأشقاء فلفظ الأخوة يشمل الجميع.

فرع: فى الكتاب: لولد فلان عالما بأنه لا ولد له، ينتظر أيولد له أم لا؟ ويساوى فيه بين الذكر والأنثى(٢)؛ لعدم اختصاص اللفظ، وإن لم يعلم، فهى باطلة؛ لعدم من يملك.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا مات الموصى ولا ولد للموصى لولده بطلت الوصية، علم بأن له ولد أم لا؟ وإن ولد له بعد ذلك إلا أن يكون له حمل يوم موت الموصى؛ لأنه مات ولم يجزم(٣) بنقل ملكه لأحد.

وعن ابن القاسم: إذا أوصى لبنى فلان فلم يوجد لهم ولد رجعت ميراثا لعدم المحل والوصية لغير شىء باطلة إجماعًا.

وعنه: إذا أوصى لفقراء بنى عمه فوجدوا أغنياء فليوقف عليهم، فمن افتقر دفع له، وإن لم يفتقر أحد رجعت ميراثا.

فرع: قال صاحب البيان: الفخذ أعم من الفصيلة وأخص من البطن، والقبيلة والبطن أخص من القبيلة، وقد تقدم تعامل هذه الألفاظ، والخلاف فيها فى الوقف، والوصية تتخرج عليه.

فرع: فى الجواهر: إذا أوصى لحمل فلانة فولدت اثنين، وزعت عليهما

(١) فى ط: تقول.
(٢) فى ط: الذكور والإناث.
(٣) فى ط: يحرم.

بالسوية، وإن اختلفا بالذكورة والأنوثة؛ [كما لو][1] أوصى لأولادها الموجودين، ولو قال: إن كان فى بطنها غلام استحق دون الجارية، ولو أوصى للفقراء، دخل المساكين، وبالعكس؛ لإطلاق الاسم عليهما ولقوله - تعالى -: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] وتجوز للفقراء إجماعًا، ولو أوصى لزيد وللفقراء، لا يستحق النصف بل بقدر الحاجة فى حاله؛ لأنه لو حطت الشركة لم يحصل له شيء؛ لأن عدد الفقراء غير متناه، فإن مات قبل القسمة فلا شيء لورثته؛ لأنه أسوة أحد الفقراء، قاله محمد.

فرع: قال صاحب المنتقى[2]: لا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليج؛ لأنها يمين تهمة.

وإذا صرف الوصية للوارث، جاز للوارث أخذها؛ لأنها هبة منه قاله أصبغ، سواء كان الموصى له غنيا يظن أن الوصية تمسه أم لا؛ لأن الوصية تكون للفقير والغنى.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أوصى لأم ولده وله منها ولد صح، ولا تكون وصية لولده وقصدًا منه لغناه؛ لأنه قد يموت فيرثه، وكذلك إذا أوصت لابن زوجها من غيرها ولا يرد الوصايا سوء الظن.

وقال أصبغ: وكذلك وصيته لولد ولده وأبوه[3] حى وارث ولا يحلف ما وصى فى هذه المسائل للوارث، قاله أصبغ.

قال: ويجرى فيها الخلاف فى يمين[4] التهم، ولو حقق وارث عليه الدعوة، حلف قولًا واحدًا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إن أوصت لزوجها وقد طلقها، إن علمت بذلك جاز، وإلا فلا؛ لأنها ظنت أنه وارثها، وأجازها أشهب مطلقا؛ نظرا لظاهر الوصية؛ ولأن القصد النفوذ وهو الأصل من العقلاء.

فرع: فى الجواهر: إذا أوصى لوارث فحجب عن ميراثه، أو لغير وارث فصار وارثا فالاعتبار بالمآل إن كان الموصى عالما بتغير حال الوارث، فلأن[5] الوصايا

(١) فى ط: كمن.
(٢) ينظر المنتقى (٦/١٧٨).
(٣) فى ط: لولده وولد أبوه.
(٤) فى ط: عين.
(٥) فى ط: لأن.

إنما تعتبر عند الموت، فإذا لم يعلم صحت عند أشهب دون ابن القاسم.

فرع: قال الطرطوشى: إذا أوصى لقاتل بعد جرحه عمدًا، أو خطأ وعلم أنه الجانى أم لا، يصح فى الخطأ فى المال والدية، وفى العمد فى المال دون الدية؛ لأنها فى العمد غير معلومة له، والوصية تختص بالمعلوم، ولو تأخرت الجناية العمد عن الوصية بطلت فى المال، والدية معاقبة له بنقيض قصده، وإن تأخرت جناية(١) الخطأ فالوصية فى المال دون الدية.

وقال (ح): لا تصح الوصية للقاتل عمدا ولا خطأ.

وعند (ش): قولان.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ [البقرة: ١٨١] وإبطال الوصية تبديل.

وقياسا على غيره، ونقل ملك فينعقد سببه للقاتل كالبيع والهبة.

واحتجوا: بقوله - عليه السلام -: «لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ»(٢). ولأن الوصية تتعلق بالموت فيمنعها القتل(٣) كالميراث، وبه يظهر الفرق بينهما وبين البيع والهبة؛ لأنهما(٤) لا يتعلقان بالموت؛ ولأن الموصَى له شريك الوارث؛ لأن نصيبيهما يزيدان بزيادة المال وينقصان بنقصانه؛ فيكون كالميراث فى منع القتل إياه.

والجواب عن الأول: أنه غير معروف، سلمنا بصحته، لكنه محمول على الوصية الشرعية، وهى الميراث، وهو يسمى وصية؛ لقوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١] صونًا للآية عن التخصيص.

وعن الثانى: الفرق بين القتل العمد والميراث، أما الخطأ فلا يمنع عندنا أن الكفر والرق يمنعان الميراث دون الوصية، فالميراث أقوى.

ولأنه بالقتل مستعجل للميراث بخلاف الوصية فعوقب بنقيض قصده ولأن الميراث ملك ضرورى فلو أثبتناه للقاتل صار مكتسبا، وهو الجواب عن الثالث.

---

(١) فى ط: الجناية.

(٢) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٣٦)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٢٨١)، وانظر كلام الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٤٠٢) وقال الدراقطنى: مبشر بن عبيد متروك؛ يضع الحديث.

(٣) فى أ: بالقتل.

(٤) فى أ: لأن.

نظائر: قال صاحب الخصال: خمسة تبطل ما وصى لهم به: الوارث، وقاتل العمد - إلا أن يعلم المقتول بذلك قبل الوصية - والقاتل خطأ تبطل وصيته من الدية دون المال إلا أن يعلم الموصى بذلك قبل الوصية فتجوز فى المال والدية.

والموصى له يموت قبل موت الموصِى[١] والموصى له يرتد[٢] فى حياة الموصى بعد الوصية

الركن الثالث: الموصى به، وفى الجواهر: هو كل مقصود يقبل النقل، ولا يشترط كونه موجودا أو عينا[٣]، بل تصح بالحمل وثمرة الشجرة والمنفعة، ولا كونه معلوما أو مقدورا عليه، بل تصح بالحمل والمغصوب والمجهول، ولا كونه معينا بل تصح بأحد العبدين ولا تصح بما لا يقبل الملك، كالخمر والخنزير؛ لعدم قبوله للملك، والوصية بغلة ملك.

ووافقنا (ش)، و (ح)، فى الوصية بخدمة العبد سنة، ومنعه ابن أبى ليلى وجماعة؛ لأن المنافع تتجدد على ملك الوارث.

ومنع (ح) الوصية بما لم يدخل فى ملك إلى الموت؛ لعدم قبول المحل لنفوذ[٤] التصرف ونحن نجيزه؛ قياسا على النذر.

قاعدة: العقود أربعة أقسام:

قسم مشتمل على المعاوضة؛ كالبيع والإجارة.

وغير مشتمل؛ كالهبة والوصية.

ومشتمل على طريق التبع[٥] لمقصد آخر؛ كالنكاح مقصده المودة والائتلاف واستبقاء[٦] النوع الإنسانى فى الوجود للعبادة لقوله - تعالى -: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] فصرح بحكمة الزوجية.

(١) فى أ: الوصى.
(٢) فى ط: يريد.
(٣) فى ط: غنيًا.
(٤) فى أ: النبوذ.
(٥) فى أ: البيع.
(٦) فى أ: واستيفاء.

وغير مقصود أصلًا فى ذلك التصرف؛ كالطلاق؛ فإن العوض فيه غير مقصود فى أصله، ويقع فيه لغرض الفداء من الضرر(١) لا للطلاق.

فمنع الشرع من الغرر والجهالة فى القسم الأول؛ لأن مقصده تنمية المال وهما يحلان بالحزم بضبطهما بل هما مظنة تعددها، وهذا القسم هو الذى ورد فيه النهى عنهما؛ كنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر(٢) وبيع المجهول.

والقسم الثانى: تجوز فيه الغرر والمجهول؛ إذ لا غبن، ولا يحسن(٣) لعدم المعاوضة، وأقل الأحوال ألا يحصل له شىء، فلا ضرر.

والقسم الثالث: منع فيه ما عظم من الغرر دون قليله؛ كما تقدم بسطه فى النكاح؛ لأجل اشتراطه فى أصله، فلو جوز الغرر مطلقا أهمل الشرط.

والرابع: يجوز فيه الغرر أكثر من الأول؛ لعدم اشتراطه العوض فى أصله.

فرع: فى الكتاب: إذا زاد على ثلثه، جاز منه الثلث؛ لقوله - عليه السلام - فى الحديث المتقدم أول الباب: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ».

وإذا زادت المرأة على الثلث فرد الزوج الزائد، بطل الجميع عند مالك لفساد العقد، والفرق من وجهين: أن المريض - غالبا - يقصد البر لا الضرر بخلافها، وهى متمكنة من إنشاء عقد آخر بخلافه؛ لأنه قد مات، وإن أوصى بعبد قيمته ألف ولآخر بدار قيمتها ألف وترك ألفًا ولم يجز الورثة، فالثلث بين الموصى لهما؛ لهذا نصف العبد ولهذا نصف الدار.

قال ابن يونس: من لا وارث له لا يوصى بماله كله لقوله - تعالى -: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء:٣٣] فليس أحد إلا وله وارث، عرف أو جهل.

وعن ابن القاسم: من لا وارث له يتصدق به إلا أن يكون الوالى كعمر بن عبد العزيز يخرجه فى وجهه فيدفع له.

نظائر: قال أبو عمران: الثلث فى حد القلة فى ست مسائل:

---

(١) فى أ: العرا من الصور.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣) فى كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصاة (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود (٣/ ١١٥٣) فى البيوع: باب بطلان بيع الحصاة (٤/ ١٥).

(٣) فى ط: يحدث.

الوصية، وهبة المرأة ذات الزوج إذا لم ترد الضرر واستثنى ثلث الصبرة إذا بيعت، وكذلك ثلث الثمار والكباش، والسيف إذا كان حليته الثلث، يجوز بيعه بجنس الحلية.

والثلث فى حيز الكثرة، فى ثلاثة مواضع: جائحة الثمار، وحمل العاقلة الدية، ومعاقلة المرأة للرجال، وقال العبدى: وهو قليل فى الطعام يستحق منه أو ينقص فى الشراء عند أشهب وكذلك النصف عنده.

وفى استثناء(١) الأرطال من الشاة، وفى الدالية تكون فى دار الكراء.

قال اللخمى: اختلف إذا زاد على الثلث يسيرا، فقيل(٢) إذا أوصى بعبده إن وسعه الثلث وزادت قيمته على الثلث ولا يتبع بشىء، وقيل: يكون بذلك القدر رقيقا، وقيل: يرق جميعه، لقول الميت إن وسعه الثلث، ولم يسعه، وقيل: من لا وارث له تمضى وصيته بكل ماله، وحكم الوارث المجهول حكم العدم، والخلاف إذا أوصى به للأغنياء أو وجه لا يصرفه الإمام فيه، أما للفقراء، وما يصرفه الإمام فيه فلا تغير الوصية؛ لأنها [جائزة](٣).

واختلف: إذا مات عن غير وصية، هل يجرى مجرى الفىء وتحل للفقراء والأغنياء؛ قياسا على اللقطة، أو تكون مقصورة على الفقراء؛ لأن ثم وارثا مجهولا يتصدق به عنه.

وقال ابن نافع: إذا اشترى أخاه فى مرضه لا يعتق إلا ما حمله الثلث، إلا أن يكون له وارث فيعتق من ماله كله ويأخذ الفضل، وأباه ابن القاسم، ورأى أنه لا يرث؛ لأنه لم يحمله الثلث.

قال الطرطوشى: إذا أوصى بماله كله ولا وارث له بطل الزائد على الثلث، وقيل: يجوز، وهذا كله إذا كان للمسلمين بيت مال(٤) وإلا صحت الوصية.

وقيل: يكون للموصى له الثلث والباقى للفقراء.

وقال (ش) تبطل، وهل للإمام إجازتها كالوارث؟ قولان.

---

(١) فى أ: الاستثناء.
(٢) فى أ: فقال.
(٣) بياض فى أ.
(٤) فى ط: المال.

وقال (ح) تنفذ الوصية فى الجميع، ولأحمد قولان.

وأصل المسألة: هل بيت المال وارث عندنا أو حائز عنده؟ لنا: قوله -عليه السلام -: «إِنَّ الله أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ»[1] الحديث المتقدم، فلم يجعل الحق إلا فى الثلث وهو عام فيمن له وارث ومن لا وارث له؛ وبالقياس على من له وارث [لأن بيت المال وارث][2] لأنه يجعل[3] مصرفا كالوارث.

ومن أتلف له شيئا ضمنه، والوصية إتلاف عليه؛ ولأنه يعقل كالوارث، ولأن الوصية على خلاف الأصل؛ لأنها فيما بعد الموت، خالفناه فى الثلث، فيبقى على مقتضاهما فى الزائد.

ولقوله - عليه السلام -: «أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ عَنْهُ وَأَرِثُهُ»[4] وهو الإمام الأعظم فيكون المراد: بيت المال، وهو المطلوب.

ولأن باب «الميراث» أوسع من «العقل» ؛ لأن الزوجين والنساء والصبيان، يرثون ولا يعقلون، فلأن يرث من يعقل أولى، ويؤيده أن من قتل ولا وارث له اقتص له الإمام.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أن تَدَعَ وَرَثَتَكَ. . .»[5] الحديث المتقدم، [فعلل المنع بحاجة][6] الورثة، فحيث لا وارث تجوز الزيادة؛ ولأنه ليس لماله مستحق معين فيضعه حيث شاء كالصحيح[7]، ولأن الإنسان لا يخلو من ابن عم[8] فى الوجود غير أنه مجهول فهو كلقطة جهل ربها فيكون بيت المال غير وارث بل يجعل فيه المال للمصالح؛ كاللقطة المجهول ربها؛ ولأن بيت المال يأخذه الرجل ومن يحجبه ولو كان وارثا لامتنع ذلك؛ ولأن الوصية لآحاد

---

(١) تقدم.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: جعل.
(٤) أخرجه أبو داود (٢٩٠١) من حديث المقدام بن معد يكرب.
(٥) تقدم.
(٦) فى أ: فقال: المنع الحاجة.
(٧) فى أ: كانصح.
(٨) فى أ: يزعم.

المسلمين جائزة إجماعًا، والوصية للوارث ممنوعة، وللإمام أن يقتل من لا وارث له لمقتوله ويأخذ ماله، والقاتل لا يرث، والنساء لا يساوين الرجال فى الميراث بخلاف مال بيت المال، ويشترط وجود الوارث عند الاستحقاق بصفة(١) من يرث، والميراث يعم الورثة بخلاف مال بيت المال فى ذلك كله.

والجواب عن الأول: أن المسلمين(٢) ورثة فلا يعدل بالمال عنهم؛ لأنه يضر بفقيرهم، ولأن علل الشرع يخلف بعضها بعضا.

وعن الثانى: أن للمسلمين ورثة معينة؛ لأن الجهة المعينة كالوارث المعين وإذا ثبت الدين للمسلمين بإتلاف شىء من بيت المال أو حصير المسجد منع ذلك الوصية فكذلك استحقاق الإرث، ويقتص لمن لا وارث له كما يقتص الوارث المعين.

والجواب عن الثالث: أن ذلك الوارث ساقط فى نظر الشرع؛ لأن من شرط إرث النسب؛ معرفة العرب ولذلك يورث المعتق حينئذ، واللقطة يرجى ظهور صاحبها.

والجواب عن الرابع: أن الكل ورثة بالصفة لا بالتعيين، وحكمها مختلف؛ بدليل أن الوصية للأعيان تقتضى تعميمهم(٣) كأولاد زيد، ولبنى تميم أو للفقراء لا يجب التعميم ولا وجود الصفة عند الوصية، بل من ولد أو افتقر بعد ذلك استحق، وأما القاتل: فيصح عندنا أن يعطيه الإمام من مال المقتول اجتهادا، وههنا لا يتهم(٤) الإمام فى القتل بخلاف الوارث ويتهم فى استعجال الإرث، وأما الوصية لآحاد المسلمين فلعدم تعين أخذه من بيت المال بخلاف القريب ومساواة الذكور والإناث فلا ينافى الإرث؛ كإخوة الأم، وميراث الولاء؛ ولاستوائهما ههنا فى صفة الاستحقاق وهى(٥) الإسلام، وفى القرابة.

وإن استويا فتوقع النفع للموروث مع التعيين من الذكر أوفر، وعدم التعميم لعدم الحصر شاهده الغنيمة(٦) لما كانت لمحصرين عمدا، والفىء لغير معين فلم يعم، وأما أخذ الإنسان مع من يحجبه؛ فلعدم تعين أخذ حاجته بخلاف الإرث.

---

(١) فى ط: نصفه.
(٢) فى أ: أن للمسلمين.
(٣) فى ط: تعيينهم.
(٤) فى ط: يهتم.
(٥) فى أ: وبنى.
(٦) فى أ: القسمة.

فى الجواهر: اختلف: هل بيت[(١)] المال حائز أو وارث؟ وفائدة الخلاف: انصرف إليه أو إلى ذوى الأرحام؟ وهل يرد ما فضل عن ذوى السهام عليهم؟

قال الأستاذ أبو بكر - عقيب كلامه فى هذه المسألة -: وذلك إذا كان للمسلمين بيت مال، فإن لم يكن صحت الوصية مطلقا.

وقال بعض المتأخرين للموصى له الثلث[(٢)] والباقى للفقراء.

فرع: قال: لو أوصى نصرانى بجميع ماله للكنيسة، قال ابن القاسم: يدفع لأساقفتهم ثلثه. وثلثاه للمسلمين؛ لأنهم يرثونه؛ كما يواسونه فى فقره فهو حكم بينهم وبين ناظر الكنيسة فيحكم فيه بحكم الإسلام.

فرع: قال الأبهرى: يجوز العفو عن قتل العمد؛ لأنه ليس مالاً، وعن الخطأ إن حمل الثلث الدية، وإلا فما حمل الثلث؛ لأنه تصرف فى مال الورثة.

فرع: فى الكتاب: الوصية بغير التناهى كوقد[(٣)] مسجد، وسقى ماء، ونحوهما مما يفعل كل يوم أبدًا، ووصى مع ذلك بوصايا، تحاصص للمجهول وبالثلث؛ لأنه أقصى ما يمكن، وتوقف له حصته.

قال صاحب التنبيهات: قال أشهب: يضرب[(٤)] بالمال كله؛ لأنه أعظم من المال.

قال عبد الملك: إذا اجتمع مجهولان، قسم الثلث بينهما على السواء؛ لاستوائهما فى عدم التناهى.

وقال غيره: يقسم على نسبة ما يخرج كل يوم؛ لأنه سبب التفاوت.

قال ابن يونس: إذا أوصى أن ينفق على فلان كل يوم درهم، ويتصدق كل يوم بدرهم ويعتق [فرس فى السبيل][(٥)] عمر صاحب النفقة، وحوصص له بقدر نفقته وللفرس والعبد بالقيمة الوسط، وللصدقة بالثلث كله، أو بالمال كله، على الخلاف فى المجهول غير المتناهى.

فإن خرج نصف وصاياهم لا تنقص النفقة، والصدقة على حالهما فى اليوم، وإن

(١) فى أ: يثبت.
(٢) فى أ: بالثلث.
(٣) فى أ: الساهى، لوقد.
(٤) فى ط: يصرف.
(٥) سقط فى أ.

نقصت حصة العبد والفرس أعين به فيهما(١)، قال اللخمى: قيل: يحمل المجهول على أنه وصية بكل المال، فإن أجازوه وإلا رجع الثلث لعدم تناهيه.

وقيل: يحمل على الثلث، [ولا تعرض الإجازة على الورثة؛ لأن الميت لا يقصد إخراج ولده من جملة المال بغير شيء](٢).

فإن اجتمع مجهولان، قيل: كمجهول واحد يجتمعان فى الثلث.

وقيل: لكل واحد ثلث فيخرج ثلثا المال، فإن أجاز الورثة وإلا رد إلى الثلث.

فعلى الأول: نقص الثلث على قدر ما يخرج كل يوم.

وعلى الثانى: الثلث بينهما نصفان، إذا قال: ينفق على زيد، وأطلق - حمل على الحياة المنفق عليه تتمة سبعين سنة، أو ثمانين، أو تسعين، أو مائة، أربعة أقوال مبناها قوله -عليه السلام -: «أَعْمَارُ أُمَّتِى مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السَّبْعِينَ»(٣)؛ ونظرًا لأقصى العوائد.

فإن أوصى لجماعة قال مالك: ثمانون لكل واحد وقال محمد سبعون؛ لأن الجماعة يحمل بعضهم بعضا فيموت أحدهم قبل السبعين ويتأخر الآخر.

فإن كان الموصى له ابن السبعين، قال مالك: يزاد عشرة، وعنه: يزاد عشرة على الثمانين، ثم الميت إن حدد النفقة تحددت، وإن أطلقها حملت على نفقة مثله من الطعام. والكسوة والماء والحطب والثياب، قاله مالك.

وقال ابن أبى حازم بسقوط الكسوة؛ لأن لفظ النفقة لا يتناولها عرفا ولا يدخل عياله معه؛ لاختصاصه بالذكر.

واختلف فيما يصير فى المحاصة إذا أوصى كل شهر بدينار مع وصايا، على ثلاثة أقوال:

قال محمد: إن صار له النصف أنفق عليه النصف فى كل شهر.

وقال مطرف: يكمل له؛ لأنه لفظ الموصى.

وقال أصبغ: يدفع له الجميع بتلا.

---

(١) فى أ: ههنا.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه الترمذى (٥/ ٥٥٣) (٣٥٥٠) وقال: حسن غريب، وابن ماجه (٢/ ١٤١٥) حديث (٤٢٣٦)، وذكره الهيثمى فى الموارد ص (١، ٦) (٢٤٦٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٢٧) وقال على شرط مسلم، وأقره الذهبى.

قال: وأرى أن ينظر قصد الميت: إن أراد بالتقسيط خشية تبذيره[(١)] قسط له مجملا؛ لأن الميت قصد التوسعة.

وإن قصد الرفق بالورثة ليخرجوه مقسطا من غلات الرقاب ولا يبيعونها، عجل له الجميع، وإن أشكل لم يعجل وحمل على الظاهر.

قال محمد: التعمير والنفقة من يوم الموت، فإن مات قبل أجل التعمير قال مطرف: يكمل بالفاضل الوصايا؛ لانكشاف الغيب[(٢)] عن قصر عمره، والفاضل للورثة على الميراث وانتقص القسم، وأرى: عدم الرجوع للورثة لأنه من الثلث فمصيبته ونقصانه على أرباب الوصايا.

قال شارح الجلاب: وإن أوصى بنفقة رجل مدة، فإما أن يسمى سنين، أو حياته، أو يطلق:

ففى الأول: لا يورث بخلاف السكنى مدة معينة؛ لأن السكنى تراد للتمليك، والنفقة تراد لإقامة البينة.

والثانى: لا يورث، والإطلاق محمول عليه. قال الأبهرى: إذا أوصى أن ينفق على فلان عشر سنين فيعزل له ذلك فيموت بعد سنة يرجع إلى ورثة الموصى؛ لأنه لم يرد تمليكه جملة النفقة بل ينفق عليه شيئًا بعد شيء[(٣)].

ولو أوصى بنفقته وكسوته سنة فمات قبلها بشهرين، لم يرجع بما تخلق بخلاف، الطعام والفرق: أن الخلق تبع لأصله وأجزاء الطعام مستقلة بأنفسها.

فرع: قال اللخمى: إذا أوصى بما يضر من غير منفعة له كثوب أن يحرق، أو دار تهدم أو تخلى بغير سكنى، بطلت؛ لقوله - تعالى -: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢] ولنهيه - عليه السلام - عن إضاعة المال[(٤)] فإن قصد الضرر وجعلها فى قربة فيوصى لوارث بثلث ماله ويقول: إن لم[(٥)] يجز الورثة فهى فى سبيل الله، بطل الجميع؛ لأنه قصد الضرر أولا.

فإن قال: دارى فى السبيل، إلا أن يدفعوها لابنى، نفذت فى سبيل الله؛ لأن قصده الأول قربة. فإن قال: عبدى هذا لابنى، فإن لم يجزه ابنى الآخر فهو حر،

(١) فى أ: تقديره.
(٢) فى أ: لاسكشاه العيب.
(٣) فى أ: بعدى.
(٤) تقدم.
(٥) فى أ: لك.

فهو ميراث ولا يعتق. وإن قال: هو حر إلا أن ينفذ لابنى فهو كما قال؛ لتقدم القربة.

وقال أشهب: يبطل فى الصورتين؛ لأنه ضرر، وحمل قوله - تعالى -: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ على العموم؛ وقيل: معناه غير مضار بالزيادة على الثلث.

وقال ابن عبد الحكم: يعتق، قدم ذلك أو أخره؛ لأن العتق قربة فيصح ويبطل غيره.

قال: وإن أوصى لموسر أو فيما لا يراد به القربة، فالأشبه المنع إذا أراد ضرر الورثة.

وفى كتاب محمد: عبدى يخدم ولدى فلان حتى يبلغ فهو حر، فإن لم يجيزوا فثلثى صدقة الخدمة لجميعهم، ويعتق إذا بلغ الوارث إن حمل الثلث؛ لأنه عتق معلق على شرط.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى بالحج عند موته، يحج عنه من قد حج أحب إلى، وغيره يجزئ، وتحج المرأة عن الرجل وبالعكس، بخلاف الصبى ومن فيه بقية رق؛ لأنه لا حج عليهم ويضمن الدافع إليهم إلا أن يظن أن العبد حر وقد اجتهد لأن، الواجب عليه الاجتهاد.

وقال غيره: لا يسقط الضمان بالجهل؛ لأن الجهل والعلم فى ضمان الأموال سواء إجماعا، فإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبى، نفذ؛ كما لو أوصى له بمال ولم يكن صرورة نفذت الوصية، لحجة التطوع، ويدفع له ذلك إن أذن السيد للعبد والوالد للولد(١)، ويمتنع إذن الوصى إن خيف على الصبى ضيعة، ويجوز إن كان نظرًا(٢) كإذنه فى المتجر، وقال غيره: لا يأذن له الوصى فى هذه؛ لقوة الغرر.

قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال لبلوغه إن حج به، وإلا رجع ميراثا؛ لأنه حيث أوصى لعبد أو صبى لم يرد الفريضة بل التطوع، فلو كان صرورة فسمى معينًا فامتنع حجّ عنه، بخلاف التطوع يرجع ميراثا كمن رد وصيته.

وقال غيره: لا يرجع ميراثا كالصرورة(٣)؛ لأن الموصى إنما يريد فى الحج نفسه

---

(١) فى أ: والولد للوالد.
(٢) فى ط: يظن.
(٣) فى أ: فالضرورة.

بخلاف الوصية، بأن[١] قال: أحجوا فلانا ولم يقل: عنى، أعطى من الثلث قدر ما يحج به، فإن أبى الحج، فلا شىء له، وإن أخذ شيئا رده إلا أن يحج به؛ لأنه شرط.

وإن أوصى أن يحج عنه وارث أو غيره، نفذت وصيته فى حج الفرض والتطوع، ولم يزد على النفقة والكراء شيئًا، وكان مالك يكرهه.

ولو قال: أعطوه ثلثى يحج به، لم يزد على النفقة والكراء؛ خشية الوصية للوارث، والأجنبى له الفاضل؛ لأنه أجير.

قال صاحب النكت: قال بعض الشيوخ: إذا لم يأذن السيد للعبد لا ينتظر [كما ينتظر][٢] الصبى للبلوغ؛ لأن أجل البلوغ معروف، بخلاف العتق.

وعن أشهب: ينتظر حتى يؤيس[٣] من العتق.

قال ابن يونس: لو كان صرورة وعلم أن الوصية للفريضة وظن أن الصبى والعبد يجزئه قال ابن القاسم: يدفع ذلك لغيرهما، والتسوية بين العبد والصبى فى[٤] الانتظار أحسن، وهو مقتضى قول ابن القاسم؛ لأنه مقصود الموصى.

قال اللخمى: اختلف فى جواز العبد والصبى فى الصرورة.

فرع: فى الكتاب: [إذا][٥] أوصى بأكثر من ثلثه فى مرضه فأجاز ورثته قبل موته سألهم ذلك أم لا؟ فمن رجع بعد موته وهو مباين عنه من ولد أو أخ أو غيرهما، ليس له الرجوع؛ لأنه أسقط حقه، ومن هو فى عياله من ولد بالغ، وبنات وزوجة وابن عم، فلهم ذلك؛ لأن إذنهم خوف على رده ورفده إلا أن يميزوا بعد الموت، ولا ينفذ إذن البكر والسفيه؛ لسقوط عبارتهما[٦] وإن لم يرجعا:

قال التونسى: بنى[٧] الجواب على ما إذا استأذنهم وفى كتاب المكاتب: إذا استأذنهم ليس لهم الرجوع.

---

(١) فى أ: فإن.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: يوسر.
(٤) فى أ: و.
(٥) سقط فى أ.
(٦) فى أ: عبادتهما.
(٧) فى ط: فى.

قال: والأشبه إذا لم يستأذنهم وهم جائزوا الأمر، فلا رجوع لهم، ولا تلزم إجازتهم وهو صحيح، واختلف فى المسافر الصحيح، فقيل: يلزمهم؛ لأنه مظنة العطب كالمرض، وقيل: لا؛ لأنه قادر على إتلاف ماله كالمقيم.

قال: ولا فرق بين الصحيح والمريض بل هم علقوا ذلك بملكهم كقولك إن ملكت هذا العبد فهو حر. ولو أعتق أحد ورثة المريض قبل موته أحد عبيد المريض ثم مات المريض فورثه، لكان حرًّا؛ لتقدم سبب الانتقال وهو المرض.

[قال][(١)]: ولو وطئ جارية من مال أبيه وهو مريض لم يجز[(٢)].

قال صاحب الاستذكار: فى مسألة الاستئذان، ثلاثة أقوال: إن كان فى مرضه وهم ليسوا فى عياله، لزم الإذن، وإلا فلا، وهو المشهور.

وعن مالك يلزمهم فى الصحة كالمرض.

وقال (ش) و (ح): لا يلزمهم لا فى الصحة ولا فى المرض؛ لأنه قد لا يموت وقد يموت الآذن فلا يكون وراثا، والإذن فى غير حق لا يلزم.

وفى المنتقى: إذا أذن الورثة حالة المرض فى الوصية فأوصى ثم حج ومرض ومات لا يلزمهم إذنهم عند ابن القاسم؛ لانتفاء السبب الذى أوجب اعتبار إذنهم، وعليهم اليمين ما سكتوا رضى.

قاعدة: إذا كان للحكم سبب وشرط فوقع الحكم قبلهما، لا ينفذ إجماعا [أو بعدهما][(٣)] أو بعد السبب وقبل الشرط فمختلف فيه؛ كأداء الزكاة قبل ملك النصاب لا يجزئ إذا ملك إجماعا، وبعد الملك والحول يجزئ إجماعا، وبعد الملك وقبل الحول فيه خلاف، وإسقاط الشفعة قبل البيع لا ينفذ، وبعده ينفذ؛ لأن البيع سبب والأخذ شرط، والعفو عن القصاص قبل الجرح الذى هو سبب زهوق الروح وقبل الزهوق الذى هو شرط، [لا][(٤)] ينفذ، أو التكفير قبل اليمين الذى هو سبب، وقبل الحنث الذى هو شرط خلاف، وكذلك ههنا سبب الإرث القرابة أو النكاح أو الولاء بشرط تقدم موت الموروث، والمرض سبب هذا الشرط غالبا فجعل كسبب الحكم

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: لم يحد.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

كما كان سبب شرطه فقبله لا يفيد الإذن، وبعده يفيد؛ كما تقدم فى نظائر القاعدة.

فرع: قال التونسى: فإن أجازوا الزيادة بعد الموت، فهى كالهبة عند ابن القاسم، وإن مات الوارث قبل قبض الموصى له، بطلت الهبة؛ كموت الواهب قبل قبض الهبة.

وعند أشهب: تمضى وإن مات؛ لأنها تنفيذ لفعل الموصى، وكذلك عنده لو أقر الوارث أن أباه أوصى لفلان فليس للمقر له الوصية إن كانت معينة حاضرة، فإن لم تكن معينة حاضرة، أو لم يوجد فى تركة الأب، حاص غرماء الابن، مع أن مذهبه: إذا أقر أن أباه أوصى بوصية وعلى الابن دين، يبطل الإقرار بخلاف إقراره بدين على أبيه.

وكذلك الابن الكبير فى عياله خلافا لابن القاسم.

قال ابن القاسم: لو أذنوا له فى مرضه ثم صح، فأقر وصيته ثم مرض ومات، لا يلزمهم إذنهم؛ لاستغنائه عن إذنهم بالصحة.

قال ابن كنانة: ويحلفون ما سكتوا رضا.

وإذا أذنوا له عند خروجه للغزو أو السفر.

قال مالك وابن القاسم: يلزمهم.

وقال ابن وهب: لا يلزمهم.

فإن أوصى بوصايا وبمائة وزاد على الثلث فأجازوا المائة ثم مات، قال مالك: يحاص صاحب المائة أهل الوصايا فما انتقص فعلى الورثة تمامه فيما ورثوا دون أموالهم، فإن كانت المائة أكثر من الثلث فأجازوها ثم أوصى بوصايا حاصهم صاحب المائة، ويرجع على الورثة كما تقدم، وإن علموا أن وصاياه لغيره فرضوا أو سكتوا حتى مات، وإن لم يعلموا أو علموا وقالوا: لا نجيز الذى جوزنا أولا إلا ما زادت وصيته على الثلث، فذلك لهم، ولا يرجع عليهم إلا بما كانت تنقصه المائة من الثلث قبل أن يوصى بما أوصى بعد ذلك.

قال مالك: ولو استوهب المريض من وارثه ميراثه فوهبه[1] ولم يقض فيه شيئًا، رد إلى واهبه؛ لأنه أولى من غيره، إلا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته فذلك

---

(١) فى أ: لوهبه.

ماض، ولو أنفذ بعضه رد الباقي.

قال ابن القاسم: إن أوصى المريض بجميع ماله وليس له وارث إلا ابن مريض فأجاز، وقال الابن: ثلث مالي صدقة على فلان، ثم مات الأب، ثم الابن، وترك الأب ثلاثمائة لا مال له غير ذلك، فلموصى الأب مائة ثم يتحاصص هو والذي أوصى له الابن يضرب هذا بالمائتين اللتين أجازهما له الابن، ومن أوصى له الابن بثلث المائتين؛ لأنهما الفاضلتان للابن ميراثا بعد وصية أبيه(١).

قال عيسى: فإن أجاز الابن ثم مرض فأوصى بثلثه فليس ذلك المال ماله إذا قبضه المتصدق به عليه قبل موت هذا ومرضه، وإن لم يقبضه حتى مرض الابن فلا شيء له؛ لأنها صدقة لم تجز، وتبطل وصية الابن لما أجازه، ويجوز من وصية الأب الثلث.

قال اللخمي: ويختلف في الولد الكبير السفيه إذا لم يكن مولى عليه: فمن أبطل تصرفاته، أبطل إجارته.

ولو قال: كل مال أرثه من فلان صدقة عليك وفلان صحيح، لزمه ذلك، وهو أقيس من المشهور؛ لأنه التزمه بشرط الملك.

وفي الجواهر: إنما يلزم إذن الوارث في المرض المخوف، [والابن من قطع بره](٢)، أو من سلطان يرهبه.

وقال عبد الملك: لا تلزم الإجازة مطلقا إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا الوصية لوارث، ثم قال بعضهم: ما علمت أن الوصية للوارث لا تجوز، حلف ما علم ذلك، وله نصيبه إن كان مثله يجهل ذلك.

نظائر: قال أبو عمران: ست مسائل لا يعتبر فيها الإسقاط:

حق الشفعة قبل الشراء، والميراث قبل الموت، وإذن الوارث في الصحة في الوصية، وإذن الوارث في المرض إذا كان في العيال، والمرأة تسقط حقها من ليلتها لصاحبتها قبل مجيئها، والأمة تختار نفسها قبل العتق لا يلزمها، والمرأة تسقط شروطها قبل الزواج، وقيل: لا شيء لها، وقيل: لها الرجوع في القرب.

---

(١) في أ وط: ابنه، والمثبت الصواب.
(٢) في أ: ولا من قطع يده.

فرع: فى الجواهر: ينبغى ألا يكون الموصى به زائدًا على الثلث؛ للحديث المتقدم أول الكتاب، وهل ذلك شرط فى الصحة أو النفوذ؟ يتخرج على القولين فى إجازة الوارث، هل هى هبة أو تنفيذ؟

فرع: فى الكتاب: أوصى بجميع ماله وله وارث واحد فأجاز، فلغرمائه رد الثلثين وأخذهما[(١)] فى الدين، ولو أقر أن أباه أوصى بثلثه وعلى الأب[(٢)] دين مغترق[(٣)] وأنكر الغرماء نفذ إقراره قبل القيام عليه بالدين لعدم الحجر لا بعد القيام، وكذلك إقراره بدين على أبيه، أو بوديعة عند أبيه يجوز قبل القيام، و يحلف المقر له إن كان حاضرا؛ كمن شهد أن هذا الذى فى يدى تصدق به فلان على فلان وتركه له فى يدى وأنكر الذى هو له، فإن حضر المشهود له حلف وأخذه، وإن غاب لم يجز؛ لأن المقر يتهم فى بقاء ذلك الشىء بيده.

قال صاحب التنبيهات: جعل تنفيذ الوارث للوصية بجملة المال [كالهبة][(٤)] وكذلك رد الغرماء.

قال ابن العطار: بل تنفيذ لفعل الميت، فهل المقر على أبيه بدين وعلى نفسه سواء إذا أحاط الدين بماله؟ ولا بد من حلف المقر له؛ للتهمة فى المحاباة بالمقربة، وقيل: لا يحلف فى صورة المقر على نفسه؛ لأنه سوى بينه وبين غرمائه، والمقر على أبيه قدم المقر له على غرمائه هو فيحلف للتهمة، والحاكم يلزم هذه الأيمان وإن لم يطلب ذلك الخصم وليس المقر ههنا كالشاهد، وكذلك لم يشترط فيه العدالة.

قال صاحب النكت: لم يجعل مالك على المقر على نفسه قبل قيام غرمائه يمينا، بخلاف المقر على أبيه، ولو أقر على نفسه بوديعة قدمت على دين الغرماء، ومع ذلك لا يحلف؛ لأن الوديعة إذا لم توجد وجب الحصاص بها كالدين، والدين المقر به يقدم على كل حال.

---

(١) فى أ: أو أحدهما.
(٢) فى أ: الابن.
(٣) فى أ: معترف.
(٤) سقط فى أ.

قال التونسى: إذا أقر الوارث بوديعة عند أبيه، حلف المقر له وأخذها، فإن كان معه ورثة والمقر عدل، حلف المقر له وإلا أعطاه نصيبه منها؛ مؤاخذة له بإقراره.

وسوى ابن القاسم بينهما فى الصحة قبل قيام الغرماء، وعند (ش): هل يبطل الزائد؛ لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه؟ أو يوقف على إجازة الوارث؛ لأنه لا يدل على الخلاف؟ فيه قولان.

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: إذن البكر المعنسة يلزمها، وليس ابتداء الزوجة بالإذن كمن يبتدئها هو فينظر فى ذلك.

قال أشهب: الزوجات لسن سواء فالتى لا تهابه لا ترجع.

قال ابن يونس: إن أقر - ولا دين عليه - أن أباه أوصى بأكثر من ثلثه، وأنه أجاز ذلك وأشهد ثم مات الابن مدينا ولم يقبض الموصى له وصيته - قدمت وصية الأب إن عرف أنه مال الأب؛ لتقدم التصرف على الحجر، وإن لم يوجد للأب شىء من ماله وعلى الابن دين، حاصص غرماء الابن الموصى له فى مال الابن، وإن وجد من مال الأب شىء أخذه الموصى له - خاصة - فما فضل حاص به؛ لأن الوصية صارت على الابن باستهلاكه مال الأب قاله أشهب.

قال محمد: كذلك فيما بلغ ثلث الأب وما جاوزه ومال الأب بيد الابن حتى مات، بطل الزائد؛ لأنه هبة له لم تقبض، فإن كان بيد غيره نفذ ذلك للموصى له؛ لأن ذلك كالحوز.

فرع: قال ابن يونس فى الكتاب: إذا ترك ابنين وألفين، فأقر أحدهما أن على الأب ألفًا لفلان، حلف معه إن كان عدلا، وإلا أخذ خمسمائة.

وقال أشهب: يأخذ الألف كلها؛ لأنه لا ميراث لوارث يزعم أن الميت مديون بخلاف إقراره بالوصية؛ لأن الموصى له شريك فى المال. ولو أقر كل واحد بألف على أبيهما لغير من أقر له الآخر وكلاهما ينكر قول أخيه، قضى بالألفين مع حلف كل واحد من المقر له إن كان المقران عدلين، وإلا جرى الخلاف المتقدم. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، أخذ الحالف ألفه، والناكل خمسمائة من المقر له، ويحلف له الأخ الآخر ما لم يعلم صحة شهادة أخيه.

ولو أقر كل واحد بثلث فى وصية غير التى[1] أقر بها الآخر وهما عدلان،

(١) فى ط: الذى.

فالحلف كما تقدم، فإن نكل أحدهما فلا شيء له على الذى شهد له؛ لأنه لم يكن بيده من الثلث شيء بخلاف الدين؛ لأنه من رأس المال، والوصية من الثلث ولم يبق من الثلث شيء.

وإن نكلا أو كان الولدان غير عدلين، أعطى كل واحد للمقر له ثلث ما فى يده، ولو رجعا بعد الحكم وأقر أن الذى شهد به صاحبه حق بعد أن أخذ كل واحد ما شهد له به، أخذ كلاهما من الذى أنكر وصيته ثلث ما فى يديه؛ لإقراره بإتلاف ذلك عليه.

ولو شهد اثنان من الورثة أن أباهما أوصى لفلان بالثلث ودفعا ذلك إليه ثم شهدا أنه كان أوصى به لآخر وأنهما أخطآ، فلا يصدقان على الأول؛ للتهمة فى الضمان الذى دخل عليهما، ويضمنان للآخر الثلث، ولو لم يكونا دفعاه صحت شهادتهما للآخر، وبطلت الأولى؛ لعدم التهمة المذكورة.

فرع: قال: لو أقر بدين يغترق التركة ثم أقر لآخر بمثله، فإن لم يكن عدلا، بدئ[1] بالأول؛ لتعذر إبطال الإقرار، أو عدلا وذكر عذرا بيّنا قبل قوله وحلف للآخر، فإن نكل، فهو كما لو لم يكن عدلا.

فرع: قال لو أقر بالوصية لفلان بالثلث وأعتق هذا العبد وهو: الثلث بكلام متصل، قدم العتق، وإن لم يكن الولد عدلا، أو كلاما غير متصل وتقدمت الوصية، قدمت، وعتق العبد على الوارث.

قال محمد: كان عدلا أم لا.

فرع: فى الجواهر: تصح بالحمل دون الأمة وبالعكس؛ لأن الوصية بالغرر جائزة، فإن أطلق تناول الحمل بلفظ الجارية؛ كالبيع، ولو أوصى بقوس حمل على ما يرمى به النشاب دون ما يرمى به البندق؛ لأنه الأغلب إلا ألا يكون له إلا هو فيتعين بقرينة[2] الحال أو تعينه قرينة أخرى.

ولو أوصى بشاة من ماله شارك بواحدة من عددها: ضأنها ومعزها ذكورها وإناثها صغارها وكبارها؛ لعدم اختصاص اللفظ، فلو كانت عشرة فله عشرها، فلو هلكت

---

(١) فى ط: برئ.

(٢) فى ط: بقوسه.

كلها، فلا شيء له لتعلق الوصية بعينها فإن لم يكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم.

ولو قال: أعطوه شاة من غنمي فمات ولا غنم له فلا شيء له؛ لأن الوصية إنما تعتبر عند الموت أو له شاة واحدة دنيَّة أو عَليَّة، دفعت له.

أو ثلث غنمي، فله ثلث ما بقي، فلو سمى عددًا مثل ثلث عدد الغنم، فهل هو كقوله ثلثها فيكون شريكا بالثلث فيما زاد أو نقص؟ أو له ذلك القدر؟ إن لم يبق إلا هو أو بقي أكثر منه، أخذ بحصة عدده؛ كما لو كانت خمسين فأوصى بعشرة، فعلى الأول: له خمسها زادت أو نقصت. وعلى الثاني: إن ماتت عشرة فله الربع أو عشرون فله الثلث، أو أربعون أخذ الباقي كان أدنى أو أعلى.

ولو أوصى بتيس من غنمه، شارك بواحد من التيوس ولا يدخل مع ذلك البهم والإناث.

أو: بكبش[1]، لم يدخل إلا كبار ذكور الضأن، أو: بنعجة فكبار إناث الضأن.

ولو قال: بقر من بقري، دخل الذكور والإناث، أو: ثور، اختص بكبار الذكور، أو عجل: اختص بذكور الفحول[2] أو: بقرة من عجولي ففي الذكور والإناث من الفحول، أو: شاة من بهمي أو ضاينة من خرفاني، لم يدخل الكبار. أو: رأس من رقيقي ومات وله واحدة تعينت، أو: عدة فماتوا أو قتلوا قبل موته، بطلت الوصية، أو: بعد الموت انتقلت الوصية للقيمة.

ولو قال: أعتقوا عني رقيقا، فأقلها ثلاث؛ لأنه أقل الجمع.

ومدرك هذه المسائل كلها مقتضى اللفظ لغة أو عرفا.

وفي الجلاب: إذا أوصى بعبد من عبيده المختلفة القيم، فله جزء منهم إن كانوا عشرة فعشرهم أو: لعبد من عبيده وهم عشرة فمات ثمانية، فله نصف الباقيين[3] إن خرجا من ثلثه، فإن لم يكن له مال غيرهما فثلثهما له، ولو أوصى بعشرهم فله عشر الباقي بعد الموت.

فرع: قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: أوصى بأحد عبيده الثلاثة لرجل،

---

(١) في أ: بتيس.
(٢) في ط: العجول.
(٣) في ط: الباقين.

وقال: لفلان أحدهم - وقيمتهم سواء - ولا مال له غيره، أسهم للثانى فإن وقع سهمه فى العبد الموصى به للأول فهو بينهما نصفان، أو فى غيره فله نصفه، وللورثة نصفه، وللأول نصف الموصى به له، ونصفه للورثة؛ لأنه ليس له أن يوصى بأكثر من الثلث.

وإن اختلفت قيمتهم، أسهم للثانى - أيضا - فإن خرج الموصى به للأول وقيمته الثلث فأقل، فهو بينهما نصفان، أو أكثر من الثلث شطر بينهما ما يحمل الثلث منه، وللورثة باقيه.

وإن خرج فى غيره وقيمته الثلث فأقل، أخذ العبد الذى خرج، وللآخر الذى أوصى له به، أو أكثر من الثلث فلهما ثلث الثلاثة إن لم يجز الورثة؛ لأن الوصايا إذا لم يحملها الثلث صارت شائعة فيه.

وهذا على القول بأن من أوصى له بعبد من جملة عبيده يعطى واحدا من جملة عددهم بالقرعة. وقيل: من عددهم بالقيمة، وهما فى المدونة.

وعلى الثانى سهم على الثلاثة، فإن حمل ثلث الوصيتين، أخرجتا، افترقتا فى العبيد أو اجتمعتا، وإن لم يحملها ولا أجيزتا، تحاصا فى الثلث على قدر وصاياهما.

وفيها قول ثالث: أن الموصى له بعبد من العبيد يشارك الورثة فى كل عبد بالثلث إن كانوا ثلاثة، أو بالربع إن كانوا أربعة، وعلى هذا يكون للموصى له ههنا بالمعين ثلثا العبد الموصى له به وثلثه بينه وبين الآخر الموصى له بالمنكر؛ لأن وصاياهما قد اجتمعت فى ثلثه، وللآخر ثلث كل عبد من العبدين الآخرين - أيضا - إن حمل ذلك الثلث، وإلا تحاصا فيه على قدر وصاياهما.

فرع: قال: قال ابن القاسم: قال ولد لا وارث معه: أبى أوصى بعتق هذا، ثم قال: لا، لكن هذا، ثم قال: لا، بل هذا - [أعتق][1] من كل واحد ثلث قيمة ثلاثتهم، فإن استوت قيمتهم، عتق [أحد][2] الثلاثة، أو اختلفت، عتق من قيمته ثلث قيمة ثلاثتهم، ومن قيمة البر عتق منه ما أحمله[3] ثلث قيمتهم، ومعناه: إذا لم

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: حمله.

يكن للميت مال غيرهم مؤاخذة[١] للوارث بإقراره، مثاله: قيمة أحدهم عشرة، والثانى[٢] عشرون، والثالث ثلاثون، فيعتق الأولان؛ لأن قيمة كل واحد إما ثلث المال أو أقل وثلث الثالث؛ لأن ذلك ثلث المال، وإن كان [له][٣] مال ثلاثون، عتق الثالث كله مع الأولين؛ لأنه ثلث المال.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أعطوا فلانا مائة ولم يعين[٤] دنانير أو دراهم، وله مائة درهم؛ لأنها المتيقنة، ومعناه: إذا كان البلد إنما تجرى فيه الدراهم، أو الدراهم والدنانير، ولو قال: لفلان عشرة دنانير، ولفلان عشرون فتقدم البطلان، فالدنانير قرينة تعين للثانى دنانير، قال: قال مالك: لفلان عبدى سعيد أو حبشى أو خشب من خشبى الأحمر، وله عبيد بذلك الاسم، أو خشب، فله ثلثهم إن كانوا ثلاثة، ويعطى ثلث القيمة فى العبد والحبشى بالقرعة ما بلغت ولو كانا عبدين أو خشبين ولو شهد الشهود بذلك عليه فى صحته ولم يعينوا المشهود به بطلت الشهادة؛ لعدم التعيين بخلاف الوصية؛ لأنها كالصدقة على زيد بأحد العبيد وهم عشرة فهو شريك بعشرهم.

ولو أوصى بعتق عبد من عبيده وهم عشرة، عتق عشرهم بالقرعة، وفى المسألة ثلاثة أقوال فى الشهادة فى الصحة والمرض، ثالثها: الفرق بين أن يعين فينسى أو لا، فيعتق[٥] بالأصالة، ولو عينه الموصى للشهود فى صحته أو فى مرضه فنسوه أو عينه الشهود فى غير الوصية فنسوه أو شكوا فيه، فثلاثة أقوال: تبطل الشهادة فى الوصية بعد الموت، وفى الصحة فى غير الوصية، قاله ابن القاسم وعنه: يصح فى الوجهين، والفرق بين الصحة والمرض وفى العبيد والخشب فى أصل المسألة ثلاثة أقوال: يعتق ثلثهم بالقرعة ما بلغت؛ كما تقدم، ويعتق واحد، قلت قيمته أو كثرت، ويعتق من كل واحد ثلثه إن كانوا ثلاثة، أو ربعه إن كانوا أربعة بغير قرعة، ومن مات قبل ذلك كأنه لم يكن.

---

(١) فى ط: فواحدة.
(٢) فى ط: والباقى.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: يبين.
(٥) فى ط: يعين.

فرع: قال: قال ابن القاسم: اشتروا أخى، أو من يعتق عليه ولم يقل فأعتقوه، يشترى فيعتق؛ لأن العتق هو المقصود فى مثل هذا، وإن أوصى بثمن معين فامتنع السيد من البيع انتظر حتى يتسر، وإن لم يعين[1] ثمنا زيد ما بينه وبين ثلث قيمته.

فرع: قال: قال ابن القاسم: خيروا جاريتى بين العتق والبيع - لها اختيار العتق بعد اختيار البيع، قبل أن تباع، واختيار البيع بعد اختيار العتق قبل التقويم؛ لأن المقصود برها ما لم يتعلق حق لآدمى أو لله، فإن اختارت البيع؛ وقالت: بيعونى من فلان، فلهم بيعها فى السوق ولا يوضع من ثمنها شىء؛ لأن ذلك لم يدخل فى الوصية ولا لهم[2] اقتناؤها إذا اختارت البيع؛ لأنه مخالفة للوصية إلا برضاها، وإن رضيت بأن تكون ملكا لهم فلهم بيعها؛ لأن شأن الأملاك بخلاف تخيير الرجل أمته بين العتق والبيع فإن اختارت العتق لزمه، أو البيع لزمها ولا رجوع لها فإن انقضى المجلس ولم يختر جرى على الخلاف فى تمليك الزوجة، والفرق أن الوصية شىء واحد مبناه على المعروف فلو ردت بعيب فليس له اختيار العتق؛ لأن البيع حكم تقرر قاله مالك وقال ابن وهب: ذلك لها على الخلاف فى الرد بالعيب هل هو نقض للبيع أو ابتداء بيع؟

فرع: قال: قال ابن القاسم: قيل له: أوصِ قال: عبدى سعيد حر، ثم قيل له: أوصِ فقال: أحد هؤلاء الثلاثة حر. قيل: الشهادة باطلة، وقيل: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج المعين عتق، أو غيره بطلت الشهادة؛ لعدم التعيين، والخلاف [فى الشهادة ههنا يتخرج فى الشهادة إذا اختلف اللفظ والمعنى، واتفق ما يوجبه الحكم نحو الشهادة بمائة من بيع والشهادة][3] على الخلاف فى تلفيق الشهادة بمائة من سلف أو: امرأتى طالق إن بعت كذا وله امرأتان.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أوصى له بمائة درهم وقال: لى عنده عشرون فاقبضوها منه فأنكر العشرين لا يكون له إلا ثمانون؛ لأنه إنما أوصى له بما زاد على العشرين.

فرع: قال: قال سحنون: له عبدان ميمون وميمون فقال عند موته: ميمون حر

---

(١) فى أ: يعتق.
(٢) فى أ: ولا هم.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

وميمون لميمون إن حملهما الثلث أسهم بينهما بالقيمة فأيهما خرج عتق، وأعطى الثانى له، وقيل: إنما يعطى نصف الثانى لاحتمال أن يريد بقوله: ميمون لميمون أى رقبة ميمون لنفسه فيكون أوصى لأحدهما بنفسه وللآخر بحريته فيقع التنازع فى الثانى فيقسم، وإن لم يحمل الثلث إلا واحدًا عتق.

فرع: قال ابن القاسم: أعتقوا خيار رقيقى، يعتق أغلاهم ثمنا حتى يستوعب الثلث منهم إلا أن تدل قرينة على الدين أو غيره، لقوله - عليه السلام - لَمّا سُئِلَ أى الرِّقَابِ أَفْضَلُ قَالَ: «أَغْلَاهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[1] فإن كانوا متقاربين قدم الصلحاء لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]. قال ابن زرب: إن استوت القيمة عتقوا كلهم فى الثلث لعدم الأولية.

فرع: قال ابن القاسم: إذا أوصى له بمائة سلفا، ولغيره بمائة ملكا، حاصص بقيمة ربحها؛ لأن مقصوده التجر إلا أن يكون أكثر من نصف الثلث فلا يزاد، ولا تكون المائة السلف أكثر من المائة الملك.

فرع: قال: قال مالك: أوصى لثلاثة، ثم قال: لفلان عشرون، ولفلان عشرة، وسكت عن الثالث، فللثالث ثلث الثلث، وللأولين ما سمى لهما، ويقسم الباقى من الثلث على قدر ثلث الثلث والتسميتين؛ لأن كلامه آخرًا[2] تفسيرٌ لما أجمله أولا، ولو لم تكن التسمية على الفور لحملت على أنها وصية أخرى، وضرب المسمى لهما فى الثلث بالأكثر منه أو التسمية.

وقال أصبغ: يقسم ثلث الثلث على المسمى لهما على ثلاثة أجزاء؛ لأنها نسبة التسميتين، ولأن الميت فسر وصيته لهما كيف تقسم، ولم يزد صاحبها على ثلث الثلث.

فرع: قال: قال مالك: أوصى بتخيير أمته بين البيع والعتق، فأعتقها بعض الورثة ولعله يعادلها بطل عتقه وتباع إن اختارت؛ لأن رب المال تصرف فيه بهذه الصفة فليس للوارث إبطاله.

فرع: قال: قال مالك: أوصى بعبده لزيد، أتبعه ماله، كالعتق؛ وكان يقول لا

(١) تقدم.
(٢) فى أ: أجزاء.

يتبعه؛ كالبيع والهبة؛ لأنه انتقل من ملك إلى ملك، ولم يختلف قوله فى الصدقة والهبة أنهما كالبيع، وإن كان الخلاف يدخل فيهما قياسا على الوصية.

فرع: قال: قال مالك: ولو أوصى بعتق رقيقه، [ولرقيقه][(1)] رقيق عتق رقيقه فقط؛ لأن رقيق رقيقه ليس رقيقه، ولا يجرى ههنا الخلاف الذى فيما إذا ملك من يعتق على سيده أنه يعتق عليه، أو حلف: لا يركب دابتك فركب دابة عبدك[(2)] أنه يحنث؛ لأن قدرتك على الانتزاع كالملك مع تشوف الشرع إلى بر القرابة وإلى العتق، والأيمان مبنية على المقاصد العرفية، والوصايا على الألفاظ.

فرع: قال: قال مالك: أوصى لفلان بمائة ولفلان بمائة ولفلان بمائتين، وقال: فلان شريك لهما، فللآخر ثلث المبين - الثلاثمائة - ويقسم الأولان الباقى: أثلاثا.

وعنه: يكون له نصف وصية كل واحد منهما؛ لأنها مقتضى الشركة، ويحتمل أن يكون فى المجموع أو فى كل واحد منهما.

فرع: قال صاحب المنتقى: قال ابن القاسم: لفلان عشرة ولفلان السدس، يحمل السدس على سدس المال؛ لأنه المتبادر للفهم، وقيل: سدس الثلث إن كان بعد وصيته؛ لأنه المتيقن فيقصر عليه، وسدس المال إن كان بعد إقراره بدين، وسوَّى ابن القاسم.

فرع: فى الجواهر: إذا ملك قريبه[(3)] فى مرض الموت بالإرث، عتق من رأس المال؛ لأنه ملك قهرى، أو بالشراء فمن الثلث؛ لأنه بتصرفه وهو تبرع.

وقال سحنون: له شراء الابن خاصة ولو بكل المال؛ لأن له استحقاقه بخلاف الأب، والهبة والوصية كالبيع فى هذا الباب، ثم إذا عتق من الثلث أو من رأس المال، ورث؛ لزوال المانع قبل الموت.

وقال أصبغ: لا يرث؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الموت والتقويم، أو لأنه أخرج[(4)] ورثته بعد انعقاد النسب لهم.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: غيرك.
(٣) فى ط: فرسه.
(٤) فى ط: أحوج.

الركن الرابع: فيما تكون به الوصية.

وفي الجواهر: تكون بالإيجاب، ولا يكون لها لفظ مخصوص، بل كل لفظ فهم[1] قصد الوصية [منه] بالوضع أو بالقرينة نحو: أوصيت، أو: أعطوه، أو: جعلته له، أو: هو له، إذا فهمت الوصية بذلك، ولو كتب وصيته بخطه فوجدت في تركته وعرف أنه خطه بشهادة عدلين؛ فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها؛ لأنه قد يكتب ولا يعزم، رواه ابن القاسم.

وقال أشهب: لو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة عليها، فليست بشيء حتى يقول: إنها وصية وأن ما فيها حق، وإن لم يقرأها؛ لأنه صريح بالإقرار بها، وكذلك إذا قرأها وقالوا: نشهد أنها وصيتك وأن ما فيها حق؟ فقال: نعم، أو قال برأسه: نعم ولم يتكلم، جاز.

قال مالك: وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا: أنها وصيته أشهدنا على ما فيها.

والقبول شرط؛ لأنه نقل ملك كالبيع والهبة والإجارة، لكن لا أثر له في حياة الموصي، فإن الوصية إنما تجب بموته، فيكون قبول الموصى بعده، وقاله (ش) لأن الإيجاب علق على الموت، والأصل مقاربتها ولا يشترط فيه [القرب بعد][2]؛ قياسا على الهبة.

فرع: قال: إن مات الموصى له بعد موت الموصي، لا ينتقل حق القبول للوارث، قاله الشيخ أبو بكر. وقال القاضي أبو محمد: ينتقل.

قاعدة: ينتقل للوارث كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال أو فيه ضرر عليه:

فالأول: كالأعيان المملوكة.

والثاني: خيار البيع، والرد بالعيب، والأخذ بالشفعة.

والثالث: كحد القذف.

ولا ينتقل إليه ما هو متعلق بجسم الوارث؛ كالوصية له بغذائه ما عاش أو[3] بملاذ نفسه كالنكاح، أو بعقله[4] كالخيار الذي اشترط له من متبايعين غيره،

---

(١) في ط: مفهم.
(٢) في ط: الفرق بعدد.
(٣) في ط: لو.
(٤) في ط: بفعله.

وكاللعان؛ لأن جسمه ونفسه وعقله لا يورث فلا يورث ما يتعلق بها، ولما ورث الأموال ورث ما يتعلق بها؛ وههنا اجتمع فيه الشيئان: كونه من متعلقات المال فيورث؛ كخيار البيع، وكونه من الرأى والنظر فى المصلحة. وقد يؤثر الإنسان حدوث هذا الملك بهذا الطريق وقد لا يؤثره.

ثم يتأيد بقاعدة أخرى وهى: أن الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سببه، وههنا السبب معدوم [العدم][1] جزئه وهو القبول، غير أنه يلاحظ أن سبب[2] استحقاق القبول الإيجاب، وقد تحقق، وقد يلاحظ سبب الملك لا سبب القبول ولم يتحقق فهذه القواعد الفقهية مجال النظر [بين الفرق][3].

فرع: قال إن أوصى للفقراء أو لمن لا يتعين، لا يشترط القبول، لتعذره؛ كالوقف.

فرع: قال: إذا مات الموصى، وقف الموصى به، إن قبله الموصى له تبين أن العين له من حين الموت، أو ردها تبين عدم الدخول، وقيل: الموصى به باق على ملك الميت؛ لعدم كمال السبب الناقل[4]، وهو: كمال العقد بالقبول، ويتخرج عليه الزكاة إذا وجبت بعد الموت، وقبل القبول، ووافقنا (ش) على عدم اعتبار الرد قبل الإيجاب؛ لعدم تحقق السبب، وعدم اعتباره بعد القبول والقبض لاستقرار الملك، وله بعد الإيجاب والموت، وقبل القبول قولان؛ قياسا على البيع والوقف.

وإذا أوصى له بامرأته الأمة فأولدها ثم علم فقيل ما حكم الولد؟ وهل تكون أم ولد أم لا؟ وما أفاده الرقيق بعد الموت من المال وتجدد الولد وثمرة النخيل؟

فرع: قال: إذا فرعنا على أن الغلات تبع للأصول اختلف فى كيفية التقويم، فقيل: تقوَّم الأصول بغير غلات إن خرجت من الثلث تبعتها الغلات ولا تقوَّم الغلات، وقيل: بغلاتها.

قال التونسى: وهو الأشبه؛ لأنه من جملة المال، ولم يختلف أن نماء العبد يقوَّم معه وكذلك ولد الأمة؛ لأنه كالعين.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: شئت.
(٣) فى أ: من العرف.
(٤) فى ط: الأول.

الباب الثانى

فى أحكام الوصية

وهى ثلاثة أقسام:

لفظية.

حسابية.

معنوية.

القسم الأول: الأحكام اللفظية:

وفى الكتاب: أوصى بعبد من عبيده فماتوا كلهم، أو بعبد فمات، بطلت الوصية.

قال غير ابن القاسم: لأن ما مات أو تلف قبل النظر فى الثلث كأن الميت لم يتركه ولم يوص بشىء؛ لأنه لا يقوَّم ميت ولا على ميت، وإن أوصى بعشرة من عبيده ولم يعينهم وهم خمسون، فمات عشرون قبل التقويم، عتق عشرة أجزاء من ثلاثين بالسهم خرج ذلك عشرة عددا أم لا؛ لأن الباقى عبيده والميت لا يعتد به، وإن هلكوا إلا عشرين، عتق نصفهم فى الثلث، أو إلا خمسة عشر فثلثاهم، أو إلا عشرة فجملتهم؛ توفية باللفظ. وكذلك لو أوصى بعشرة من رقيقه أو إبله.

قال صاحب التنبيهات: قوله: «يعتق ثلثهم بالسهم وإن خرج أقل من العدد» هذا أصله، وراعى فى العتق الأول العدد فيما يحمله الثلث، واختلف هل هو وفاق أو خلاف؟ وقوله: «إن لم يعينهم»، يدل على أنه لو عين عتقوا بالحصص عند ضيق الثلث، كما قاله محمد.

قال صاحب النكت: إذا قال: ثلث رقيقى لفلان، أسهم بينهم بالقرعة، بخلاف ثلث رقيقى أحرار؛ لأن فلانًا يصير شريكا فى كل واحد، ومن له جزء شائع(١) رجع فى معين عند القسمة، والعتق لا بد أن يكون فى جميعهم.

قال التونسى: قال عبد الملك: يعتق خمس من بقى من الخمسين، وسواء قال: خمسهم أو عشرة منهم؛ لأنه لما قال ذلك وهم خمسون فقد أراد الشركة فالهالك

---

(١) فى ط: تابع.

والباقى على القسمة فلا يعتق إلا الخمس، ولو لم يبق إلا واحد، وعلى هذا القول لو نمت[(١)] وهى غنم له خمس الأولاد، وقاله أشهب فيه وفى الغلة، وابن القاسم يراه [قصد][(٢)] إخراج ذلك العدد فلو لم يبق إلا هو أخرجه ويلزم العتق.

قال سحنون: إذا أوصى بعشرة من غنمه، ومات وهى ثلاثون، وصارت بعد موته بأولادها خمسين، له خمسها؛ نظرا للتسمية، وقاله أشهب.

وقال - أيضا - له من الأولاد مثل ما له من الأمهات فيأخذ ثلثها إن حملها الثلث، أو ما حمله الثلث وكأن[(٣)] سحنون أجاب على مذهب ابن القاسم فلما كان لا تكمل إذا انقضت لا يراد إذا ازدادت[(٤)].

قال: وفى هذا نظر؛ لأن من أوصى بأمة فولدت بعد موت الموصى، ولدها له إذا حمله الثلث، فكان يجب أن يسهم فى الأمهات فما خرج منها تبعها أولادها؛ لأن ما أخرجه السهم كان هو الموصى به.

قال ابن يونس: وجه قول ابن القاسم المتقدم: إذا سمى عشرة فقد قصد العدد، فيكون الورثة شركاء للعبيد، أو للموصى له بهم فتتعين القرعة، وهى تسقط حكم العدد؛ لعدم اتفاق الغنم وإذا لم يبق إلا العدد الذى سمى، بطلت الشركة فلا يضر هلاك البعض.

ولو قال عند موته: أثلاث رقيقى أحرار أو أنصافهم، عتق ذلك فى جملة الثلث، وإلا فما حمله الثلث من كل واحد بالحصاص بغير سهم؛ لأنه عين[(٥)] ذلك.

وقيل: لو قال: أثلاثهم لفلان له أثلاثهم بالقرعة؛ لأنك شريك فى كل واحد، ومن له جزء فى رقيق رجع معينا عند القسم بخلاف العتق؛ لاستوائهم فى الوصية[(٦)] فلا يفضل بعضهم على بعض فى العتق، وفى الوصية لفلان العبد حيث وقع رقيقًا، فلا يفرق نصيبه بغير منفعة للعبد.

---

(١) فى ط: تمت.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: وكان.
(٤) فى أ: ازادت.
(٥) فى أ: غير.
(٦) فى أ: العصبة.

فرع: فى الكتاب: ثلث رقيقى أحرار، يعتق ثلثهم بالسهم[1]؛ لأن من كل واحد ثلثه؛ توفيرًا لمصلحة العتق بكمال الحرية فيخلص للعبادات والولايات الشرعية، أو قال: ثلثهم لفلان، فهلك بعضهم، أو ثلث غنمى، فاستحق ثلثاها، فإنما له ثلث ما بقى؛ لأن الباقى هو فى غنمه، فإن لم يقتسموا فهو شريك بالثلث، وإن أوصى بعشرة من غنمه فهلكت إلا عشرة فهى له بمقتضى اللفظ وإن عدلت نصف الغنم.

وإن أوصى بعُشر غنمه فهلكت، ليس له إلا عشر الباقى لأنك شريك، والأول مختص.

فرع: قال فى الكتاب: إن مت من مرضى هذا أو من سفرى هذا فأنت حر، أو لفلان كذا، فهى وصية تنفذ إن مات من مرضه ذلك أو من سفره، فإن صح أو قدم ولم يغيرها حتى مات، لا تنفذ لتقييده بما قد بطل، إلا أن يكتب كتابا ويضعه على يد رجل ولا يغيرها بعد قدومه أو إفاقته ويقره[2] حتى يموت؛ لأن الإقرار كالإنشاء.

فإن أخذ الكتاب بعد إفاقته أو قدومه وأقره بيده حتى مات بطلت وإن أشهد عليها؛ لأن استرجاعها دليل رجوعه عنها، وإنما تنفذ إذا جعلها على يد رجل، وإن كتبه عند المرض أو السفر أو فى الصحة ولم يقل: إن مت من مرضى هذا أو سفرى، بل كتب: إن حدث بى حدث، نفذت، أقره عنده أم لا، مات من ذلك أو من غيره، إذا أشهد عليه ثلاثة؛ لأنه لم يقيد وصرح بالإطلاق.

قال التونسى: إذا قال: إن مت من مرضى هذا أو قدمت من سفرى هذا، قال أشهب: إن مات من مرض آخر أو سفر آخر نفذت؛ لأن التنفيذ لا يقصد به الناس خصوص مرض دون مرض بل الاحتياط فقط ألا ترى أنه لو مات قبل السفر نفذت؟

قال: وإن مات فى غير سفر أو مرض لم ينفذ؛ لبطلان التقييد بالكلية، وعن مالك: إن كتب: إن مت من سنتى هذه فعاش بعدها شيئا ثم مات وهى بيده لم يغيرها، نفذت، وإذا لم يقرأها على الشهود، وقال: اشهدوا علىّ بما فيها، فإن تيقنوا أنها الكتاب بعينه ولم يشكوا فى الطابع شهدوا به، وإن فتحوها فوجدوا فيها محوًا لم يغير ما قبله ولا ما بعده لم يضر ذلك، فإن غير البعض لم ينفذ ذلك البعض

---

(١) فى أ: بلا سهم.

(٢) فى ط: ويعده.

فقط إلا أن يعرفوا المحو، ومن شك فلا يشهد إلا أن تكون الوصية عنده أو يتحقق خاتمه بعينه في الغيبة، ويشهد من لم يكن بيده الكتاب بمبلغ علمه.

قال ابن يونس: سواء قال: من مرضى أو فى مرضى أو من سفرى أو فى سفرى؛ لأنه المقصود عرفًا.

قال: مالك إذا وجدوا خطه بعد موته الذى لا يشكون فيه لا ينفذ إلا أن يشهد فيها على نفسه؛ لأنه قد يكتب ما لا يعزم عليه، ولو قرأها على الشهود لا ينفذ إلا أن يقول: اشهدوا عليَّ بما فيها، ويجوز أن يشهدهم فيها بغير قراءة، قاله مالك إذا طبع عليها.

وقال أشهب: كانت مختومة أو منشورة إذا قرءوها وقالوا: نشهد بأنها وصية؟ فقال برأسه: نعم، فإن قال: اشهدوا بما فيها وما بقى من ثلثى فلعمى فوجد بعد موته وما بقى من ثلثى فلليتامى والمساكين والأرامل.

قال ابن وهب: يقسم بقية الثلث بين العم والأصناف نصفين لتعارض السببين.

قال اللخمي: إذا وجدوا محوًا يغير، أرى أن تمضى إذا كانت بخط الميت، والإصلاح بخطه أو بخط كاتب الوصية وهو عدل، فإن كان غير عدل أو مجهولًا وأخرجها الورثة وهم جائزو الأمر، حكم بذلك الحق إن تضمن زيادة، ولا يحكم به إن تضمن نسخ بعضها أو رجوعه إليهم، وإن كانوا غير جائزى الأمر، لم يحكم به وإن تضمن زيادة، وكل هذا استحسان، والقياس إمضاؤها مطلقا؛ لأنه رضى بما فى المختوم مطلقا.

وإن قال: إن مت من مرضى، أو من سفرى هذا فأنت حر - ولم يكتب كتابا - فلم يكن ذلك لم يعتق، فإن كتبه وجعله على يد غيره ولم يأخذه بعد صحته وقدومه نفذت، وإلا فلا، إن كان الكتاب من الأول عنده.

وعن مالك: تنفذ؛ لأن الناس يفعلون ذلك، وعنه: أنها باطلة؛ لذهاب الشرط.

قال التونسى: إذا قال: فلان وصى فصدقوه صدق، كقوله: وصيتى عند فلان فنفذوها.

وعن ابن القاسم: وصيتى عند فلان فأنفذوا ما فيها، إن كان عدلا أنفذت.

وقال سحنون: تنفذ وإن كان غير عدل؛ لأنه رضيه وائتمنه.

قال: وهو الأشبه كقوله: ما ادعى على فلان فصدقوه، ولو قال: إنما أوصى

بالثلث لابنى أو لى لم يصدقه ابن القاسم؛ للتهمة، وصدقه غيره؛ لأنه ائتمنه، فإن قال: يجعل ثلثى حيث يرى، فأعطاه لولد نفسه وكذلك و [كان][١] لذلك وجه، جاز، وإلا فلا.

قال ابن يونس: إذا قال علىّ ديون وابنى يعلم أهلها وصدقوه، قال ابن القاسم: هو كالشاهد إن كان عدلا يحلف معه المدعى. وقال أصبغ: يصدق من جعل إليه الميت التصديق، كان عدلا أم لا، كقول مالك: من ادعى على [من دينار][٢] إلى عشرة فأعطوه بلا بينة، وتعزل العشرة من رأس المال، وتوقف حتى يعلم من يدعى، فلو ادعى جماعة فيها وادعى كل واحد أقل من العشرة فلا شىء لمن ادعى عشرة فأكثر إلا ببينة فيقدم على غيره.

وعن مالك: يتحاصّ مدعى العشرة فأقل، ومدعى الأكثر لا شىء له.

ومنشأ الخلاف: هل الغاية تدخل فى المعنى أم لا؟ وقد جعل العشر غاية[٣].

وعن ابن القاسم: من ادعى مثل ما قال الميت: أعطيه مع يمينه، فإن قال: من ادعى [على] دينارا فحلفوه وأعطوه بغير بينة، أو بلا يمين ولا بينة، ولم يحدد للدين نهاية، فهو من ثلثه بخلاف المؤقت؛ لأنه [نوع من التبرع][٤]، وإن قال: كنت أعامل فلانا فمهما قال يصدق: قال مالك: يصدق فى معاملة مثله، لقرينة ذكره المعاملة.

قال ابن القاسم: وهو من رأس المال، وإن ادعى ما لا يشبهه بطلت دعواه، وقال - أيضا -: يبطل ما زاد على معاملة مثله.

فرع: فى الكتاب: تقدم فى كتب الوصية التشهد قبلها، ولم يذكر مالك كيف هو.

وقال أنس بن مالك: كانوا يوصون أنى أشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله، وأوصى من تركت من أهلى أن يتقوا الله ربهم ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مسلمين، وأوصيهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: دينًا.
(٣) فى أ: غايته.
(٤) فى ط: بيع من البيوع.

﴿يَٰبَنِيَّ إِنَّ ٱللَّهَ ٱصۡطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [البقرة: ١٣٢] وأوصى إن مت من مرضى هذا بكذا.

فرع: قال: قال فى مرضه: إن مت فكل مملوك لى مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى فأسلم بعضهم قبل موته، لم يعتق إلا من هو مسلم عند الوصية؛ لأنه المقصود ولم يخطر إسلام هذا بباله.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: لعله فهم منه إرادة عتق هؤلاء، فإن لم يكن مقصدا فالأشبه عتق الجميع؛ لأن الموصى إنما يوصى بما يكون يوم الموت؛ لأنه إذا قال: إذا مت فعبيدى أحرار فباع عبيده واشترى غيرهم ثم مات، عتق الذين مات عنهم.

واختلف: إن اشترى بعد الوصية مسلمين، قال ابن القاسم يدخلون فى الوصية، خلافا لأصبغ.

قال محمد: فإن لم يكن فيهم يوم الوصية مسلمون فههنا من أسلم أو اشتراه يدخل؛ لتجرد اللفظ عن قرينة التخصيص فيبقى على عمومه.

فرع: فى الكتاب: أعتقوه بعد موتى بشهر، أو: هو حر بعد موتى بشهر، سواء، إن لم يحمله الثلث خير الورثة بين الإجازة وعتق ما حمله الثلث الآن، فإن أجازوه خدمهم شهرا ثم عتق الجميع.

قال ابن يونس: فلو حمله الثلث خدمهم شهرا وعتق؛ لأنه مقتضى لفظ الوصية.

فرع: فى الكتاب: أوصى له بدينار ثم بالثلث، فله الأكثر؛ جمعا بين اللفظين، أو: بقدر[1] عشرين إردبا من أرضه وهو بقدر مائة، فله خمسها بالسهم، وإن كان دون العشرين؛ لجودته، أو زاد لدناءته؛ لأنه المعلوم عند الوصية، أو: بدار ثم بعشرة دور[2] فله الأكثر إن حمله [الثلث، أو ما حمله][3] إلا أن يجيزوا، وإن كانت الدور فى بلدان شتى، أخذ النصف من كل ناحية بالسهم عدلًا بينه وبين الورثة.

ومن أوصى بوصية بعد أخرى ولم يتناقضا وهما من صنفين نفذتا، أو من صنف، فالأكثر؛ حملا للثانية على الزيادة كانت الأولى أو الأخيرة، فإن تناقضتا أنفذت

---

(١) فى أ: بمبدر.
(٢) فى ط: آلدر.
(٣) سقط فى أ.

الأخيرة فقط؛ لأنها الناسخة، وإن أوصى بشيء بعينه ثم أوصى به لآخر، فهو بينهما؛ لأن الأصل عدم الرجوع، كما لو أوصى لرجل بثلثه، ولآخر بجميع ماله فالثلث بينهما أرباع.

ولو أوصى بثلث ثلاث دور فاستحق داران أو بثلث داره فاستحق ثلثاها، فللموصى له ثلث ما بقى؛ لأنه إنما أوصى له بالثلث.

ولو قال: العبد الذى أوصيت به لزيد أوصيت به لعمرو، فهو رجوع، أو: أوصى بعتقه ثم لرجل أو بالعكس، فهو رجوع عن الأول؛ لتعذر الشركة مع العتق.

قال اللخمى: له الوصيتان إن كانتا فى معين نحو: سعد، وسعيد، أو إحداهما غير معينة نحو: لسعيد، ثم قال: له عبد من عبيدى، قاله أشهب.

قال: وهو يتجه إذا كانتا بكتاب واحد، أو نسق واحد من كلامه بعد كتاب، وإن ذكرهما فى يومين بغير كتاب، ففيه نظر؛ لاحتمال الإخبار عما مضى، وإن قدم النكرة فهو أشكل؛ لاحتمال بيان المبهم.

واختلف: إذا كانتا من جنس واحد نحو: عشرة دنانير، ثم قال: عشرون أو بالعكس، ففى الكتاب: له عشرون، تقدمت أو تأخرت؛ حملا للثانية على تأكيد البعض إن تأخر القليل، أو الزيادة، وإن تأخر فله الثلاثون؛ لأن الأصل اعتبار الألفاظ.

والفرق: أن الثانى تأكيد محض، وهو خلاف الأصل، والأول فيه إنشاء الزيادة.

وقال عبد الملك: إذا كانت بكتابين، فله الأكثر كانت الأولى أو الأخيرة، أو فى كتاب وقدم الأكثر كانتا له، أو تأخر فهو له؛ لأن اتحاد الكتاب يقتضى اتحاد العطية، فإن استوى العددان، قال محمد: له أحدهما؛ قياسا على الإقرار، وقال عبد الملك: هما له بكتاب أو كتابين؛ لأن الأصل عدم التأكيد.

قال: وأرى إن كانتا بكتاب، أو كلام نسق، فله أخذهما، كانت الأخيرة الأقل أم لا؛ لأن الاتحاد يقتضى الجمع، وإن لم يكونا نسقا أعطى الأخيرة أكثرهما؛ لأن الإنسان يوصى بالشيء ثم يستقله.

وإن استوتا بكتاب، فهما له؛ لعدم الفائدة فى إبطال عشرة بعشرة، وإن كانتا فى كتابين، وفى الوصية الثانية زيادات لأقوام أجريت هذه كذلك، أو تنقيص لأقوام اقتصر على واحدة طردًا للمناسبة، وكذلك العبيد والدور وكل جنس متحد يجرى فيه

الخلاف المتقدم فى العين الحران كالعددين.

فإن استويا، فهما له عند عبد الملك، وأحدهما عند محمد، وإن اختلفا نحو: الثلث، والسدس. تقدم أو تأخر جرى فيه الخلاف فى العددين المختلفين، واختلف: إذا كانت التركة عينا أو ثيابا أو عبيدا أو ديارا، فقال: له عشرة دنانير، ثم قال ثلث مالى، فقيل: ثلث ما سوى العين وله من العين الأكثر على ما تقدم إذا أوصى بعشرة ثم عشرين، فإن كان الثلث أكثر من العشرة أخذه إن أجاز الورثة، وقيل: له العشرة وثلث التركة قبل إخراج العشرة إن أجازوا كما لو كانت الوصيتان لرجلين، وكذلك دار من دورى أو عبد من عبيدى، ثم قال: له ثلث مالى، فإن أوصى بدنانير ثم بدراهم، قال محمد: يأخذهما لبيانهما. وقال ابن حبيب: هما له كما لو كانا دنانير أو دراهم.

قال صاحب المنتقى: الدنانير والدراهم، والقمح والشعير، والدراهم والسبائك أجناس؛ لتباين الصورة.

وقال عبد الملك: الدراهم والدنانير جنس.

وإذا فرعنا عليه، فأوصى بأحدهما لزيد ثم بالآخر: فعن مالك: يعطى الأكثر بالصرف.

قال اللخمى: قال محمد: فإن كانتا دراهم وسبائك فضة أو قمحا وشعيرا أخذها، ولو أوصى بعبد لفلان، ثم قال: بيعوه، فهو رجوع.

ولو قال: [لفلان وبيعوه من فلان][1] فى كلام واحد، بيع من هذا بثلثى ثمنه، وأُعْطِى ذانك الثلثان فلانًا، وإن لم يشتره أعطى ثلث ثمنه للورثة. ولو وصى به لفلان وبعتقه فى كتابين أو كتاب فالمعتبر الأخير.

وقال أشهب: العتق أولى، تقدم أو تأخر لشرفه.

وقال عبد الملك: إن مات عن وارث واحد وأوصى بثلثه له، ثم قال: ثلثى لفلان الأجنبى، ثم قال: لفلان وهو الوارث فهو للأخير منهما؛ ويلزم على قوله إذا كانا أجنبيين أن يكون رجوعًا عن الأول.

وقال فيمن قال: عبدى مرزوق لمحمد، ولسعيد مثله، يعطى لمحمد، ويشترى

---

(١) فى ط: لفلان وبعده لفلان.

لسعيد مثله، ولو قال: وسعيد مثله بغير لام، فهو بينهما نصفان أى مثله فى الوصية.

قال صاحب المنتقى: وكذلك: فى مائة دينار معينة، وأما غير المعينة فلكل واحد مائة دينار معينة، وأما غير المعينة فلكل واحد مائة مطلقا؛ لعدم الحصر بالتعيين.

قال التونسى: إذا أوصى بمائة ثم بخمسين، يحتمل الرجوع عن المائة، وعدم الرجوع، فيقسم نصفها مع الخمسين فيكون له مائة، ولم يقصد ابن القاسم هذا فى قوله: يأخذ الأكثر وإلا يلزم أن يأخذ مائة وخمسة وعشرين إذا تأخرت المائة، ولم يقله بل أعطاه المائة؛ لأنه لاحظ أن الأخيرة إذا كانت أكثر فالعادة أنهما زيادة، وأبطل الأولى؛ لأنها بقيت مسكوتا عنها، أو الأقل، فهو لم يصرح بالرجوع عنها، ولا بزيادة الخمسين عليها، فله المائة فقط.

وإن أوصى بدنانير ثم بدراهم أو بعرض، فله الوصيتان، وقيل أكثرهما قيمة، ولو قال: عبدى لفلان، ثم قال: هو حر، وجهل أى القولين أول، القياس: أن يكون نصفه حرا ونصفه لفلان، وقيل: الحرية أولى.

وإن قال هو لفلان، ثم قال بيعوه لفلان، قيل: رجوع وقيل: يباع من فلان بنصف ثلث ثمنه، وقيل: إذا لم يكن له مال غيره فالثلث بينهما على أربعة أجزاء: للموصَى له ثلاثة؛ كما لو وصى بماله لفلان، وبثلثه لفلان.

قال ابن يونس: قوله فى الكتاب: أوصى بثلاثين دينارا ثم أوصى له بالثلث يضرب [له][(1)] بالأكثر.

قال سحنون: معناه التركة كلها عين، فلو كانت عينا وعرضا، ضرب بثلث العرض وبالأكثر من ثلث العين أو التسمية، وإن كانت كلها عرضًا ضرب بالثلث والتسمية فإن لم يكن معه وصايا، فإنما له الثلث إلا أن يجيزوا، فله الوصيتان، وإن أوصى بعشر شياه ثم بعشرين، فله الأكثر؛ كالدنانير، فإن كانت الغنم مائة فله خمسها بالسهم كان أقل من العشرين أو أكثر، وكذلك للعبيد.

وإذا قال: ثلثى لفلان وفلان وفلان، ثم قال: وأعطوا فلانا مائة دينار، لأحد الثلاثة ضرب بأكثر الوصيتين، قاله ابن القاسم.

قال: وإنما يصح ذلك إذا كان ماله كله عينا، أما العين والعروض فله تسع

(١) سقط فى ط.

العروض[١]، والأكثر من تسع العين، أو التسمية.

وإن أوصى بمائة مبدأة وبوصايا ثم لصاحب المائة بألف؛ قال مالك: يحاص بالألف إن وقع له أكثر من المائة وأخذه فقط، أو يأخذ المائة المبدأ ويحاص بالألف في بقية الثلث، وإن قال: ثلثى فى سبيل الله، ثم قال - بعد يومين -: يقسم ثلثى أثلاثا: ثلث للمساكين، وثلث فى الرقاب، وثلث يحج به عنى، قال ابن القاسم: نصف ثلثه فى سبيل الله، ونصفه أثلاث على ما نص.

وإذا قال: غلة عبدى لفلان، ثم قال: خدمته لفلان، قال أشهب: ليس برجوع بل يستخدمانه أو يستغلانه بالسواء، فإن حمله الثلث وإلا خُيِّرَ الورثة بين الإجازة أو إسلام ثلث الميت، وإن قال: يخدم فلانا سنة[٢]، ثم هو حر، ثم قال: يخدم فلانا سنتين، تحاصا فى سنة أثلاثا.

فرع: فى الجلاب: أوصى بمائة ولآخر بخمسين ولآخر بمثل أحد الوصيتين، روى عن مالك نصف الأولى ونصف الآخرة؛ لعدم الاختصاص وروى: مثل الآخرة؛ ترجيحا للقرب، وقال أشهب: مثل أقلهما؛ لأنه المتيقن.

فرع: قال صاحب المنتقى: قال ابن وهب: لفلان ولفلان عشرة ولا ينقص صاحب الثلث شيئا، فله الثلث؛ لتعذر ما عداه، وكذلك: لفلان عشرة ولفلان ثلثى ولا ينقص صاحب العشرة شيئا، والثلث عشرة يأخذها صاحب العشرة فقط، ويستوى فى ذلك التقديم فى اللفظ والتأخير.

فرع: قال: قال أصبغ: لفلان عبدى سعيد أو زيد[٣]، يتخير الورثة فى أيهما يعطى؛ كما لو قال: دينار أو دابة[٤]؛ لأن «أو» للتخيير.

فرع: قال: ترك أخاه وجده وعمه، وأوصى بثلثه لأقاربه الأقرب فالأقرب، قال ابن القاسم: يبدأ بأخيه فيعطى أكثر من الجد؛ لأنه يدلى بالبنوة فهى أقرب من الأبوة، [ثم][٥] يعطى الجد أكثر من العم؛ لأنه يدلى بالجد فيقدم الجد عليه، ولا

---

(١) فى ط: العرض.
(٢) فى ط: سنين.
(٣) فى ط: بدر.
(٤) فى أ: قال دينارًا دابة.
(٥) سقط فى أ.

يخصص الأخ بالدفع، لقوله: لأقاربى، فهذا طريق الجمع بين العبارة الأولى والأخيرة.

فرع: فى الكتاب: أوصى له بمثل نصيب ابنه[١] وهم ثلاثة، فله الثلث؛ لأنه المثل، أو مثل نصيب أحد ورثتى وهم رجال ونساء، قسم على عدد[٢] رءوسهم وله مثل أحدهم إذ ليس الذكر أولى من الأنثى.

قال اللخمى: قال ابن أبى أويس[٣]: إن كانوا ثلاثة؛ لأنه جعله ولدا من أولاده فيكونوا أربعة، ولو قال: أنزلوه منزلة أحد ولدى، أو: اجعلوه كأحدهم، فالربع اتفاقا. وكذلك إن قال: له نصيب أحد ولدى، ولم يقل: مثله.

قال عبد الملك: إن كانوا ذكورا وإناثا، له نصيب ذكر، ونصف نصيب أنثى؛ كالخنثى، وعلى قوله، إذا أوصى بنصيب أحد ورثته، وهم عشرة بنين وزوجات وأبوان، يعطى ربع نصيب ذكر وربع نصيب أنثى وربع نصيب زوجة وربع نصيب أحد الأبوين.

وفى الجواهر: هو وارث مع ولدى، أو: مع عدد ولدى، أو: ألحقوه بولدى، أو: بميراثى، أو: ورثوه فى مالى، أو يقول فى ابن مات أبوه: ورثوه مكان أبيه، هو فى ذلك كله رابع إن كانوا ثلاثة، وإن كان له ثلاثة ذكور وثلاث إناث، فهو رابع الذكور، ولو كانت الوصية لأنثى فهى رابعة الإناث.

[قال صاحب البيان][٤]: قال مالك: إذا أوصى بنصيب أحد أولاده فمات بعضهم اعتبر مثل نصيب أحدهم يوم يموت أحدهم؛ لأنه أوصى له بجزء معلوم، وجعل نصيب الولد تقديرا له.

وقال ابن نافع: فيعتبر يوم الموت لا يوم الوصية؛ لأن الوصايا إنما تعتبر يوم الموت.

قال ابن كنانة: الأمر كذلك إن علم الموصى التعبير، وإلا فيوم الوصية.

قال شارح الجلاب: سواء يموت بعضهم أو يتوالد بعض فيعتبر نصيب أحدهم

---

(١) فى ط: بنيه.
(٢) فى أ: قدر.
(٣) فى أ وط: ابن أبى أنيس، والمثبت هو الصواب.
(٤) سقط فى أ.

يوم يموت الموصى، وإن لم يبق إلا واحد رجع الثلث إن لم يجز الورثة، فإن أوصى بذلك ومات ولم يولد له، قال ابن القاسم: لا شيء.

قال صاحب المنتقى: إذا أوصى بسهم أو نصيب ولم يعينه، قال محمد: هو سهم مما انقسمت عليه الفريضة من عدد السهام، قلت أو كثرت.

وقال ابن عبد الحكم: الثمن؛ لأنه أقل[١] الفرائض. وقيل: سهم من سهام الفريضة إن كانت تنقسم من ستة فأقل، ما لم يتجاوز الثلث فيرد إلى الثلث إن لم يجز الورثة، ولا ينقص من السدس، واختاره محمد، وعليه جماعة الأصحاب.

وعند ابن الحكم: سهم[٢] مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت.

وقال (ش): ما يختاره الورثة.

وقال (ح): أقل سهام الورثة إلا أن يزيد على السدس فيعطاه.

وإذا قلنا: سهم مما تنقسم عليه الفريضة، وكان أصلها ستة وتعول إلى عشرة، قال ابن القاسم: له سهم من عشرة؛ لأنه أقل سهام الفريضة.

قال الطرطوشي: من أصحابنا من قال: يعطى شيئا يقع عليه سهم أو حظ أو نصيب إذا أوصى له بأحد هذه الألفاظ، وقاله القاضي أبو الحسن إلا في نحو الدرهم، بل على حسب قلة التركة وكثرتها.

وقال (ش): ما يقع عليه ذلك الاسم وإن قل - وقاله (ح) - : نصيب أحد الورثة ما لم ينقص من السدس.

ومنشأ الخلاف: أن السهم مجهول يقع على القليل والكثير أو هو مقدر بما تقدم في حكاية المذاهب، والأول الصحيح؛ لأنه يقال: سهم من اثنين، ومن عشرة، ومن ألف، وليس تحديده بمقدار أولى من خلافه، والأصل ألا يخرج من مال الميت إلا ما يتيقن[٣].

احتج (ح) بأن رجلا جعل لرجل سهما من ماله على عهده - عليه السلام - فجعل له السدس.

---

(١) في ط: يعقل.
(٢) في ط: وعند ابن عبد الحكم يسهم.
(٣) في أ: يتبقى.

وجوابه: منع الصحة.

فلو قال: أعطوه ضعف نصيب ابنى، قال أصحابنا: يعطى مثل نصيب الابن، وقال (ح وش): يعطى مثله مرتين، إن كان نصيب الابن مائة أعطى مائتين، واختاره القاضى أبو الحسن منا.

لنا: قول الخليل: ضعف الشيء مثله، وضعفاه مثلاه، وقال المفسرون فى قوله - تعالى -: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأۡتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ﴾ [الأحزاب: ٣٠] أى: تعذب ثلاثة أمثال عذاب غيرها، وقيل: مثلين.

ولأنه لو أوصى بضعفى نصيب ابنه، فعندنا: يعطى مثليه. وعندهم: ثلاثة أمثاله، مع أنه لفظ نفسه فيلزمهم مخالفة ظاهر اللفظ.

احتجوا بأن أصل الكلمة التضعيف والزيادة لقوله - تعالى -: ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمۡ جَزَآءُ ٱلضِّعۡفِ﴾ [سبأ: ٣٧] والضعف أكثر من الواحد، وتقول العرب: أضعفت الثوب إذا طويته طاقتين والورد المضاعف والنرجس، أى: كل ورقة، ورقتين، وأضعف العطاء، أى: مثله مرتين، والأصل: عدم الترادف بين المثل والضعف.

والجواب: أن مقتضى هذه النقول أن يكون الضعف مشتركا بين المثل والمثلين لأنه[1] اسم يقتضى الإضافة؛ لا يقال: ضعف إلا مع غيره، نحو: لفظ «ثانى» يقتضى أولا، و «مثل» يقتضى مثلا آخر، و «زوج» يقتضى فردًا آخر معه، ثم إذا ازدوج اثنان، قيل: لكل واحد منهما زوج، ولهما جميعا: زوج وزوجان - أيضا - فبطل قولهم.

أو نقول: مقتضى نقلنا ونقلكم أن يكون اللفظ مشتركا، والأصل عصمة المال إلا فى المتيقن.

فرع: فى البيان: قال ابن القاسم: قال: ثلث مالى حر وغلامى فلان حر، بدأ بالغلام من الثلث لتعينه، فإن فضل اشترى به رقيق فأعتق، وإن كان له رقيق عتق ثلثهم بالقرعة لوصفه ثلث ماله بالحرية.

فرع: قال صاحب المنتقى: قال ابن القاسم: إن أوصى لفلان وللفقراء والمساكين بثلثه، أعطى فلان بقدر الاجتهاد.

---

(١) فى أ: إلا أنه.

وقال (ح): له الثلث، وللفقراء الثلث، وللمساكين الثلث؛ لأن العطف يقتضى الشركة، والشركة تقتضى التسوية عند الإطلاق.

وجوابه: أن العطف إنما يقتضى الشركة فى أصل الحكم، وهو كونه موصى له، ونحن نقول به، وعلى المذهب: لو مات قبل القسمة لا شىء لورثته كموت أحد المساكين، وقاله محمد.

وإن قال: لقرابتى[(١)] وللمساكين، قال ابن القاسم: نصفان، كما لو أوصى لشخصين معينين؛ لاستوائهما فى عدم التعيين كاستواء الشخصين فى التعيين، وهو الفرق بينه وبين الأول، ويحاص فقراء قرابته لقرينة اقترانهم بالمساكين.

وعن مالك: [من قال][(٢)]: ثلثى لليتامى والفقراء وابن السبيل، يقسم بالاجتهاد، [وإن قال][(٣)]: بين إخوتى وبين أخى وبين ولد فلان، يقسم أثلاثا على قدر الحاجة والعدد، بخلاف لو قال: لزيد وعمرو وأحدهما [فقير فالثلث][(٤)] بينهما نصفان.

القسم الثانى فى: الأحكام الحسابية

قال اللخمى: إن أوصى بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما أرباع؛ لأنه نسبة الثلث إلى جملة المال، وإن أجازوا تحاصوا [فى ذلك المال][(٥)]، أو: بنصف ماله ولآخر: بثلثى ماله فالثلث بينهما أسباع، أو: المال، فيجعل النصف ثلاثة فيكون الثلثان أربعة أو نقول: أقل عدد له نصف وثلثان ستة، فيجعل الثلث ستة، وجملة المال ثمانية عشر، أو نقول: مخرج النصف من اثنين، والثلثين من ثلاثة، وهما متباينان، فتضرب ثلاثة فى اثنين تكون ستة، وهى جملة الثلث فيكون المال ثمانية عشر، والوصايا وإن سميت من المال فالحجر الشرعى يردها للثلث فكأنه أوصى له بنصف الثلث وهو ثلاثة فى هذه الصورة، وبثلثيه وهو أربعة فذلك سبعة، وينتقل جملة المال إلى أحد وعشرين؛ لأنه المتحصل من ضرب ثلاثة فى سبعة، ولو أوصى بالسدس والربع فمخرج[(٦)] الربع أربعة والسدس ستة،

(١) فى أ: لعبدانى.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: فعبر بالثلث.
(٥) فى أ وط: كذلك فى المال، والمثبت الصواب.
(٦) فى ط: فخرج.

فكأنه أوصى لهما بالمخرجين، فيكون الثلث بينهما على عشرة لصاحب الربع ستة، ولصاحب السدس مخرجه؛ لأنه قد صرح أن صاحب الربع يفضل صاحب السدس بمثل نصف السدس، وهو ما ذكرناه.

وكذلك النصف والثلث، مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث ثلاثة، فكأنما أوصى لهما بالمخرجين، لكن لكل واحد منهما مخرج صاحبه؛ لأن النصف أكثر من الثلث بمثل نصف الثلث، وهو زيادة مخرج الثلث على مخرج النصف، فيكون الثلث بينهما خمسة، وجملة المال خمسة عشر.

ولو أوصى بالنصف والثلث والربع، فالثلث بينهم ثلاثة عشر، للنصف ستة، والثلث أربعة، وللربع ثلاثة؛ لأن هذه الأعداد تثبت هذه الوصايا، وهذا الباب كثير الفروع، فقس غير هذه عليها.

واختلف: إذا أوصى بثلث ماله ولآخر بعبد قيمته الثلث، وأجاز الورثة؛ قيل: يكون للموصى له بالثلث ثلثا الثلث، ولصاحب العبد ثلثا العبد، وثلث العبد بينهما نصفان؛ لأنه وصى بثلثه مرتين. وقيل: لصاحب الثلث جميع الثلث، وللآخر جميع العبد؛ لصحة إنفاذ الوصيتين، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان؛ لاستوائهما، وقيل: يبدأ بصاحب الثلث، ولا شيء للآخر؛ لأن الميت إنما أوصى له من ثلثى الورثة.

وإن قال: لفلان هذا، وقيمته ثلث ماله، و: لفلان خدمة هذا الآخر، وأجاز الورثة لصاحب الخدمة فله أن يخدمه، وتقوم الورثة مقامه فى المحاصة، فما نابه أخذوه.

وقال محمد فيمن أوصى بخدمة عبد ولآخر بعشرة دنانير ولا مال له سوى العبد وأجاز الورثة للمخدم الخدمة فإنه يباع ثلث العبد محاصا فيه، هذا بالعشرة والآخر بقيمة الخدمة، فما صار للمخدم أخذه، ثم يختدم ثلثى العبد حتى يموت، فيرجع العبد للورثة إن صار له فى المحاصة ثلث الخدمة فأقل، وإن صار له أكثر سلم الفاضل للورثة، ولا يزاد على وصيته؛ وهو كرجل أوصى لرجلين بثلث ماله وللآخر بنصف ماله، فأجاز الورثة للموصى له بالنصف فإنه يحاص الموصى له بالثلث بجميع النصف ويعطيه الورثة تمام النصف.

فرع: فى الكتاب: أوصى لرجل بماله ولآخر بثلثه ولآخر بالنصف ولآخر

بعشرين دينارا والتركة ستون، فلصاحب المال ستة أجزاء، وللنصف ثلاثة، وللثلث اثنان، والعشرين اثنان؛ لأن الثلث عشرون، فذلك ثلاثة عشر يقسم عليها الثلث.

وكذلك: لرجل بثلث ماله ولآخر بسدسه [ولآخرين بعدة دراهم أو دنانير، أنهم][(١)] يتحاصون فى الثلث من عين ودين وغيرهما على حساب عول الفرائض سواء.

وإن أوصى بثلثه ولآخر بعبده، وقيمته الثلث، فهلك العبد بعد موت السيد - قيل: النظر فى الثلث، فللموصى له بالثلث [ثلث][(٢)] ما بقى؛ لأنه لم يوقف إلا له، وإن أوصى بثلثه وربعه وشىء بعينه، ضرب فى الثلث بالتسميات وقيمة المعين، فما صار لصاحب المعين حصته فى ذلك المعين، وما صار للآخرين[(٣)] شاركا به الورثة، فإن هلك المعين، بطلت الوصية فيه، والباقى بين أصحاب الوصايا الأُخر.

قال ابن يونس: قال مالك إن أوصى بثلثه وبنصفه، فأجازوا لصاحب النصف وحده، أخذ النصف، وللآخر خمس الثلث الذى كان يحصل له لو لم يجيزوا.

أو لصاحب الثلث وحده أخذه، وأخذ الآخر ثلاثة أخماس الثلث.

وقال أشهب: يتحاصان فما صار للمجاز له أتموا له من مواريثهم؛ [لأنهما لا يستحقان إلا الثلث قبل الإجازة][(٤)]، وإن أجاز بعضهم دون بعض، عمل مخرجها بغير إجازة فما حصل لمن لم يجز له أخذه، ومخرجها مع الإجازة، فما وقع للمجاز أخذه، والفاضل عن حصته - لو لم يجز للموصى له.

وبمذهبنا فى التزاحم[(٥)] فى الثلث عند عدم الإجازة قال (ش).

وقال (ح): إذا أوصى بالنصف والثلث، الثلث بينهما نصفان وتسقط الزوائد على الثلث، وكأنه أوصى لكل واحد بالثلث ونقص أصله فيقسم على التفاوت إذا أجاز الورثة، وإذا أوصى بالثلث وبالربع أو بالسدس.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾

---

(١) فى أ وط: ولآخر بربعه، والصواب المثبت.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ وط: للأخوين، والصواب المثبت.
(٤) فى ط: لأنها لا تستحق الثلث قبل الإجازة.
(٥) فى أ وط: التراجم، والصواب المثبت.

[البقرة: ١٨١] المخالف بدل؛ لأن الميت فاوت وهو سواء، بل نقول: إذا أوصى بماله، فقد أوصى بجميع ثلثه، وإذا أوصى بنصف ماله فقد أوصى بنصف ثلثه، وإذا أوصى بربع ماله فقد أوصى بربع ثلثه، فينبغى أن يقسموا على هذه النسبة أو نقول: ما قسم على التفاضل عند السعة(١) قسم على التفاضل عند الضيق؛ قياسا على المواريث؛ لأنها وصية، لقوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] ؛ فكما عمل فى العول يعمل ههنا.

احتجوا بأمور: أحدها: قلب القياس المتقدم؛ فقالوا: وصية لا يزاحم فيها بأكثرها وهو الثلث، كالميراث لا يزاحم فيه بأكثره وهو الثلثان.

وثانيها: الزوائد لا تستحق بالوصية فلا يضرب به، كمال الفقير.

والجواب عن الأول: أن الشرع ما سمى أكثر من الثلثين، وههنا سمى أكثر من الثلث، ولا يتصور هناك الخمس والسبع ونحوهما بخلاف ههنا فدل على اتساعه.

وعلى الثانى(٢): أن مال الغير غير قابل بخلاف ماله.

القسم الثالث فى: الأحكام المعنوية

ففى الكتاب: أوصى بشراء عبد فيعتق، لم يكن بالشراء حرًا حتى يعتق؛ لأنه لو قتل فيه القيمة؛ وجميع أحواله أحوال العبيد، فإن مات بعد الشراء وقبل العتق، عليهم شراء رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث؛ لعدم تنفيذ الوصية.

ولو أوصى بعتق عبد يشترى ولم يسم ثمنا، أخرج بقدر قلة المال وكثرته، وكذلك إن قال: عن ظهارى؛ لأن تصرف الإنسان بقدر ماله، وإن سمى ثمنا لا يسعه الثلث اشترى الثلث، فإن لم يبلغ رقبة، شورك به فى رقبة، فإن لم يبلغ، أعين به مكاتب فى آخر نجومه، وإن سمى ثمنا قدر الثلث فاشترى وأعتق عنه ثم لحق الميت دين يغترق المال، رجع العبد رقيقا؛ لظهور بطلان الوصية، أو يغترق(٣) بعض المال عتق منه ما بقى بعد الدين، ولا يضمن الوصى إذا لم يعلم بالدين.

قال ابن يونس: إذا مات قبل العتق وبعد الشراء، قال محمد يشترى الورثة من ثلث ما بقى أبدا، قاله ابن القاسم.

---

(١) فى أ: التسعة.
(٢) فى ط: والجواب عن الثانى.
(٣) فى أ: أيغترق.

قال محمد: ما لم يمت بعد قسمة الميراث فيشترى ما بقى من الثلث الأول شيء.

وقال يحيى بن عمر: موته بعد القسمة وقبله سواء، ويشترون ما بقى من الثلث الأول شيء.

فى كتاب محمد: لو أخرج الثمن فسقط اشتروا من ثلث ما بقى ما لم يتلف بعد القسمة، فمن بقية الثلث؛ كموت العبد سواء، ولو هلك الثانى بعد القسمة لعتق[1] أبدا، من ثلث ما بقى أبدا ما لم ينفذ العتق أو يقسم المال، فإن قسم وقد أخرج ثمنه فذهب، فلا شيء على الورثة؛ لحصول المفاصلة بينهم وبين الميت إلا أن يكون معه وصايا نفذت فليؤخذ مما أخذوا ثمن رقبة؛ لتقديم العتق على الوصايا إلا أن يكون فى الوصايا ما هو مثله فيكونان فى الثلث سواء، ولو بقى بيد الورثة من الثلثين شيء فيه ثمن رقبة أخذ ذلك منهم بعد القسم واشترى به رقبة ونفذت الوصايا.

قال محمد: لو جن العبد قبل العتق خير الورثة بين إسلامه، وشراء غيره من ثلث الباقى، وفداه، وعتقه هو أو غيره، فإن أسلموه أعتقوا غيره من ثلث الباقى، وإن فادوه فمن ثلث الباقى [لا بأكثر منه][2] كأنهم ابتدأوا شراءه، وذلك إن لم يكن قسم بالثلث.

قال أصبغ: ويرجع فى هذا إلى باقى الثلث الأول إذا كان قد قسم ويقسم للورثة بالثلثين فينفذ لهم ولا يرجع عليهم بشيء فى موت الرقبة ولا إسلامها؛ لأنه صار ضامنا لكل قسم من أهله.

وعن أصبغ إذا مات قبل العتق أو ضاع الثمن ولم يفرط الوصى فى تنفيذ العتق ولا فى [تأخير][3] الشراء بالثمن المعزول، لم يضمن، ولا يرجع فى الثلث بشيء إن فرق فى أهل الوصايا.

وجنايته لقومه[4] أو جنى عليه جناية[5] لا يجرى مثلها[6] فى الرقاب، بيع

---

(١) فى أ وط: لعتقوا، والصواب المثبت.
(٢) فى أ: لا أكثر.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: كموته.
(٥) فى أ: خيانة.
(٦) فى أ: مثله.

واشترى بثمنه مع أرش رقبته، وإن لم يقبضها عتق وأعين فى الأرش فى رقبة، وإن فرط فى العتق أو فى الشراء حتى مات أوتلف الثمن أو جنى، ضمن الثمن؛ لتفريطه، وإن كان الوارث الوصى فسواء فرط أم لا إن مات أو جنى، عليه أو جنى فلا بد أن يعتقوا من ثلث ماله رقبة أخرى؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الوصية وهو الذى تولى ذلك.

ولو كانت رقبة بعينها فسواء أوصى لوصى[1] أو لوارث لا شىء عليهم إذا مات، فرطوا أم لا؛ لقصره الوصية على ذلك المعين، وإن جنى والثلث يحمله، فهو دين عليه وهو حر، فإن لم يحملها قسمت الجناية على ما عتق منها وما رق، وإن جنى عليه فالأرش له وهو حر، قاله ابن القاسم كله.

وقال أشهب: إن لم يسم الثمن لا ينظر إلى مقدار المال بل يشترى رقبة وسطًا؛ كما قيل فى الغرة فإن عجز الثلث عن الوسط، اشترى به ويحاصص أهل الوصايا ببقية الوسط، وهو استحسان، والقياس: محاصصتهم بقيمة أدنى ما يجزئ عن المظاهر وقاتل النفس، والأول أحسن؛ كالمتزوجة على خادم لها الوسط.

قال اللخمى: إن قال: إن اشتريتموه فهو حر عتق بنفس الشراء، وإن قال أعتقوه فهلك قبل العتق، فثلاثة أقوال:

ففى الكتاب: يشترون إلى مبلغ ثلث الميت.

وعن ابن القاسم: من ثلث ما بقى؛ كأنه لم يكن له مال إلا ما بقى.

وقال ابن حبيب: القياس ألا يرجع فى بقية الثلث بشىء، والرجوع استحسان.

وإذا قال اشتروا رقبة عن ظهار، ولم يوجد إلا ما يشترى به رضيع، اشترى، أو معيب اشترى فى التطوع دون الظهار، وإن لم يبلغ العتق عن الظهار، أطعم عنه وفى الإطعام أو بعضه، فإن كان فوق الإطعام ودون العتق أطعموا والفضلة لهم والقياس أن يتصدقوا بها؛ لأنها بقية الوصية المخرجة عنهم، وإذا طرأ الدين بعد العتق، ففى كتاب محمد: يمضى العتق ويغرم الوصى.

فرع: فى الكتاب: اشتروا عبد فلان لفلان، أو: فاعتقوه، أو: بيعوا عبدى من

---

(١) فى ط: لصبى.

فلان، أو: ممن أحب، أو ممن يعتقه، فامتنع المشترى أن يشتريه بمثل القيمة، أو البائع أن يبيعه [كذلك – زيد][١] فى الشراء، أو نقص فى البيع ما بينه وبين قيمته إلى ثلث المبيع؛ كأنه أوصى له بأخذ الثلثين، فإن امتنع المشترى أو البائع من الوصى[٢] بتلك الزيادة والنقصان، انتظر المشترى للعتق إن رضى بائعه، وإلا رجع ثمنه ميراثا؛ لأن ذلك هو الممكن، رواه ابن القاسم.

وروى ابن وهب: ينظر [ما رجع إلا][٣] أن يفوت بموت أو عتق وأما الذى يشترى لفلان فيدفع ثمنه وثلث ثمنه للموصى أن يشترى له؛ لأنه القدر الذى وصَّى به له، إن كان السيد امتنع طلبًا للزيادة، وإن امتنع مطلقا غبطة بالعبد، رجع الثمن ميراثا؛ كما لو أوصى بمعين فهلك.

وقال غيره: هما سواء، ويوقف الثمن وثلثه حتى يؤيس من العبد فيورث؛ لأنه لم يرض الموصى له بالعبد بعد شرائه إلا بعبد فلا يأخذ مالا؛ كما لو أوصى له بعبد فمات، وأما الذى أوصى له بأن يباع منه فطلب زيادة وضيعة على الثلث، فيخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يعطوه ثلث العبد؛ لأن الوصية بالبيع منه على التعيين مظنة الوصية له ببعض العبد، والثلث أصل فى الوصية فيرجع إليه.

وأما الذى يباع ممن أحب دون رجل بعينه، فطلب المشترى وضيعة أكثر من ثلث الثمن – يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يعتقوا ثلث العبد؛ لأن الوصية له فى المعنى، رواه ابن القاسم.

وروى غيره: ليس على الورثة غير بدل ثلث الثمن، فإن لم يجدوا من يشترى به، لا شىء عليهم؛ لأن الوصية إنما تشعر بخلاصه من ملكهم إن أحب لا بالعتق، ولم يختلف قوله فى المشترى للعتق.

وأما الذى يباع ممن يعتقه، فيخير الورثة بين بيعه بما أعطى فيها أو يعتقوا ثلثه؛ لأن العتق المقصود.

قال صاحب النكت: إذا لم يجدوا من يشترى العبد بما يلزمهم من الوضيعة، والثلث يحمل العبد، فهٰهنا يقطع بثلث العبد، وإن لم يحمله قطع بثلث الثلث،

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الوصايا.
(٣) فى ط: ما رجى بيعه.

ولا يقتصر على ثلث العبد.

قال أشهب: إذا قال: بيعوا من فلان، فعليهم إعلامه بالوصية؛ لأنه له، فإن باعوه بأكثر من الثلث، رجع عليهم إذا علم بالزائد؛ لأنه حقه بالوصية.

وكان ابن القاسم يقول: لا يرجع؛ لأن ظاهر الوصية قد نفذت، وإذا اشتراه بأكثر من قيمته بكثير، رجع بعد علمه بثلث القيمة لا ثلث الثمن؛ لأنه الذى اقتضته الوصية.

قال أشهب: وإن قال: بيعوه ممن يعتقه أو ممن أحب، ليس عليهم إعلام المشترى بذلك؛ لأن الوصية للعبد، وليس عليهم وضع شىء من ثمنه إذا وجدوا من يعطى، وإذا اشتراه بأكثر من ثلثى القيمة ولم يعلم، لا يرجع بشىء، ولو بذل لهم ثلثى الثمن فأكثر، لزمهم بيعه إن حملهم الثلث.

وقال ابن أبى زيد فى قوله: «بيعوه ممن أحب أو من فلان أو ممن يعتقه لم يلزمهم بيعه بثلثى قيمته»: إنما ذلك إذا حمله الثلث.

قال أشهب: لو كان العبد المال كله، أو لا يخرج من الثلث، لم يلزمهم بيعه بوضيعة ولا بثمنه كله، بل يخيروا بين بيعه بثلثى ثمنه أو يعتقوا منه ما يحمله الثلث؛ لأن الوصية له.

وأما: بيعوه من فلان، فيخيروا بين بيعه بثلثى ثمنه، أو يعطوا لفلان ثلث[1] الميت من كل شىء؛ لأن الوصية له.

قال سحنون: ليس للمريض أن يوصى ببيعه من أحد إن لم يحمله الثلث، وإن لم تكن فيه محاباة؛ لأن الورثة ملكوا الثلثين بعد الموت فليس له الوصية ببيعه.

قال أشهب: وكذلك لو لم يكن غير عبد فأوصى بثلثه لرجل [وإن باع ثلثيه بقيمتها][2]، فلا وصية له فى الثلثين.

قال أشهب: فإن أوصى أن يباع ولم يقل: من فلان، ولا ممن أحب، ولا ممن يعتقه، إن شاء الورثة باعوه، أو تركوه؛ لأنه ليس فيه حق لأحد.

قال بعض القرويين: إذا أوصى أن يباع من رجل سماه، جعلت قيمة رقبته فى

---

(١) فى أ: الثلث.
(٢) فى ط: وأن يباع ثلثاه بقيمتهما.

الثلث، فإن حملها جازت، بخلاف لو باع عبدًا وحابى فيه فى مرضه يجعل فى الثلث المحاباة خاصة؛ لأنه مثل البيع على نفسه وعلى الورثة، والذى أوصى أن يباع يلزم الورثة دون نفسه؛ لأنه لو باشره لم يلزمه من ذلك شىء.

قال التونسى: إذا أوصى أن يباع عبده من فلان، عليهم إعلام فلان عند أشهب، دون ابن القاسم، فإن أبى شراءه بوضيعة الثلث، أعطى الثلث عند ابن القاسم، ولا شىء له عند غيره؛ كأنه رد الوصية، ولم يقل ابن القاسم فى الذى أوصى أن يشترى عبده فامتنع من بيعه: إنه يعطى ثلث الثمن، كما قال فى الذى أوصى أن يباع منه، وهما سواء.

وقال مالك: وإن أوصى أن يشترى عبد فلان لفلان، فامتنع من بيعه بقدر زيادة ثلث الثمن، يعطى الثمن وثلثه لمن أوصى له بالعبد بعد شرائه.

قال: وهو مشكل؛ لأنه أوصى له بعبد لا بثمن.

ولو باع البائع العبد لم يكن له غيره، فإن امتنع البائع، إما أن يكون للبائع الثلث الزائد كالذى يمتنع من الشراء، أو يكون الثلث الزائد للورثة، فلو كان ثمن العبد ثلاثين فهو بزيادة الثلث أربعون وثلث الميت عشرون فيقول البائع: أبيع نصفه؛ لتحصل زيادة خمسة [ينبغى][(١)] أن يكون ذلك له ثم يسلم ذلك للموصى، فإن امتنع لشركة فى العبد لا ضنًّا منه بالعبد: فينبغى على مذهب ابن القاسم تسليم العشرين له إن طلب البائع الخمسة وحدها، ويمتنع من البيع خشية الشركة فى العبد وينبغى أن يكون ذلك له، كقوله فى الذى امتنع من الشراء أن له ثلث العبد وههنا أولى؛ لأنه امتنع خشية الضرر بالشركة لا ضنًّا منه بالقيمة.

قال ابن يونس: إذا أوصى بوصايا وأن يشترى عبد فلان لفلان بحصة أقل من ثمنه وثلث ثمنه، وامتنع البائع من بيعه - رجع للورثة على أحد القولين، ولا يقسم منه لأهل الوصايا، كرد [بعض أهل][(٢)] الوصايا وهو الأشبه.

قال أشهب: إذا أوصى ببيعه ممن أحب وبوصايا، وضاق الثلث - إن أجاز الورثة، وإلا جعلوا الثلث، فيدخل العتق ويبدأ به فيه، فإن فضل شىء فللوصايا.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: بيع.

وقاله ابن القاسم.

وفي كتاب محمد: يحاص بثلث ثمنه ذلك وذلك الذي يوضع لمن أحب العبد أن يشتريه إن رضي الورثة لأن بقيته لا يلزمهم بيعه، وينبغي على مذهب ابن القاسم إن لم يشتره [أحد][1] يعتق ثلثه أو يبدأ[2] على الوصايا فيعتق ما حمل الثلث.

وعن مالك: إذا أوصى أن يباع ممن أحب وبوصايا، يوضع ثلث ثمنه ولا يبدأ عليها.

قال أشهب: وإذا بيع للعتق وظهرت وصايا لا تضر، ولو قال: يباع ممن أحب، أو من فلان [خاصة][3]، حاصه أهل الوصايا.

قال ولو طرأ دين، لرد عتقه وبيعه [أو قال: يباع][4] ممن أحب إلا أن يسع الثلث، وإن لم يسع الثلث وقد بيع ممن أحب فأعتقه، رجع على المشترى بما وضع له ونفذ العتق.

قال مالك: وإذا قال بيعوه، ولم يقل للعتق، ولا من فلان، ولا ممن أحب، لهم عدم بيعه؛ لعدم تعلق حق بالمبيع لأحد، ولو قال: يخير في البيع والبقاء [لهم البيع][5] إن خرج من الثلث وشاء العبد؛ لأنها وصية له، ولا يوضع لمشتريه شيء؛ لأنه بيع غير متقرر، ولم يخص أحدا بعينه، وإذا أوصى ببيعه ممن أحب أو من فلان فأعتقه الورثة، فليس ذلك لهم، ويبيعونه بوضيعة الثلث ولو قال ممن يعتقه فأراد الورثة كلهم عتقه، كان ذلك لهم؛ لأن المقصود العتق.

قال ابن كنانة في الذي يباع ممن أحب: لا يقام للمزايدة، بل يجمع له الإمام ثلاثة أو أربعة، فيقوّم ويحط ثلث القيمة، فإن أحب رجلين، تزايدا عليه على أن يحط الثلث، فمن وقع عليه وضع ثلث ذلك الثمن عنه، فإن أحب رجلا فاشتراه، قال أشهب: له الانتقال إلى غيره، وثالث، ورابع، ما لم يطل حتى يضر بالورثة.

قال اللخمي: إذا قال: بيعوه ممن أحب، فأحب أحدا، بيع منه، فإن لم يشتره

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أن يبدأ.
(٣) سقط في ط.
(٤) سقط في ط.
(٥) في ط: لبيع.

بقيمته، حط إلى مبلغ ثلث قيمته، فإن لم يرض، فقولان لمالك: يخير الورثة بين بيعه بذلك وعتق ثلثه، وعنه: يكون رقيقا؛ لأن الوصية لم تقتض أكثر مما فعلوه.

قال: ويزاد الثلث وينقص في هذه المسائل إلا في مسئلتين: بيعوه من فلان للعتق، أو بيعوه للعتق، ولم يسم فلانا، وأما الانتظار فيختلف، إن كان الامتناع من الموصى له لم ينتظر، نحو: اشتروا عبد فلان فيأبى البائع أو بيعوا عبدى من فلان فيأبى الشراء فلا انتظار؛ لأن الموصى له رضى بترك الوصية، وإن كان الامتناع من غير الموصى له، نحو: اشتروه للعتق فيأبى سيده بيعه فالعبد له حق في العتق، ولم يكن الامتناع منه قال ابن القاسم: الثمن ميراث بعد الانتظار، ولم يجزه.

وفي كتاب «الوصايا»: الثاني[(١)] بعد اليأس، وقيل: لا ينتظر، وكذلك الجواب إذا قال: بيعوه من فلان للعتق فامتنع فلان من الشراء، واختلف إذا قال: اشتروا عبد ولدى فأعتقوه، ومعه ورثة: فقال مرة: لا يزاد على قيمته، وعنه: يزاد ثلث قيمته؛ لأنه قد لا يعلم هذه الزيادة حتى يكون وصية لوارث.

فرع: في الكتاب: إذا أوصى بعتق عبد فلم يقبل فلا قول له؛ لأن العتق حق لله - تعالى - ويعتق ما حمله الثلث.

وإن وصى أن تباع جارية ممن يعتقها، فأبت وهى من جوارى الوطء، ذلك [لها][(٢)]؛ لما يدخل عليها في ذلك من الضرر، ولا يتزوجها بعد ذلك إلا أوباش الناس؛ فهو كمن أوصى بضرر.

وإن لم تكن من جوارى الوطء بيعت ممن يعتقها. وقيل: تباع للمعتق مطلقا؛ تحصيلا لمصلحة العتق، ولا يلتفت إلى قولها.

قال صاحب النكت: إذا أوصى بعتقها، لم يقبل منها، كانت من جوارى الوطء أم لا، بخلاف وصيته ببيعها ممن يعتقها.

والفرق: أن الوصية بالعتق مصلحة فلا بد من نفاذها، وفي البيع أراد مصلحة الورثة بالثمن والجارية بالبيع فلها كراهة ذلك.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لورثته: أعتقوها، فقالت: لا أحب، فهو

---

(١) في أ: الثامن.
(٢) سقط في ط.

مثل: «بيعوها ممن يعتقها» فى القياس، واستحسن عتقها إن حملها الثلث، وإن لم يحملها، أو كان أوصى بعتق بعضها قبل قولها، أما لو قال: إن مت فهى حرة، نفذ العتق؛ كما لو باشر عتقها.

قال مالك: وإذا أوصى بتخييره بين البيع والعتق، فله اختيار كل واحد منهما بعد اختيار الآخر، ما لم يبع أو يقوم؛ لأن الأصل إبقاء[1] تخييره ما لم يتعلق به حق لله أو لآدمى، فإن قال: بيعونى من فلان، فلهم بيعه فى السوق؛ توفيرا للثمن الذى هو حقهم، ولا يوضع منه شىء، وإن أراد البيع وأرادوا قنيته ليس ذلك لهم إلا برضاه، فإن الموصى قد يقصد بالبيع تخليصه من عداوتهم، وإن رضى بترك البيع والقنية، لهم بيعه؛ لأنه شأن الأملاك.

وروى عنه أبو زيد إن اختار العتق أو البيع، له الرجوع ما لم يوقفه السلطان، وشهد العدول بذلك.

فرع: فى الكتاب: يجوز شراؤه ابنه فى مرضه إن حمله الثلث، ويعتق ويرث؛ لتقدم حريته على الموت، فإن عتق عبده واشترى ابنه وقيمته الثلث، قدم[2] الابن؛ لجمعه بين قربتى العتق وصلة الرحم، وإن أوصى بشراء ابنه بعد موته، اشترى وعتق فى ثلثه، وإن لم يقل: فاعتقوه؛ لدخوله فى ملكه بالوصية ولو كان عبدا كان ولاؤه له والولاء فرع الملك.

قال التونسى: إن قيل: إذا اشترى ابنه كيف يرثه وهو إنما يعتق بعد الموت والتقويم؟ قال: قال عبد الملك: القياس عدم الإرث، ومنع أصبغ إرثه؛ لأن التقويم واعتبار الوصايا بعد الموت، ومالك يراه لما خرج من الثلث لأنه لم يزل حرا؛ كما أن [غلة المبتل][3] وثمرة النخل، لا تقوم، بل الأصول وتبعتها الغلات على أحد القولين، كان الحكم تقدمها، ويلزم على قوله قول مالك فى تقديم الابن على عتق العبد؛ كما لو اشتراه صحيحا - أنه لو تقدم شراء العبد على شراء الابن أن يقدم الابن وهو بعيد؛ لأن الابن إذا قلنا: يعتق من الثلث، فلا بد من ترتيب، فكيف يبطل شراء الابن عتقا متقدما؟

---

(١) فى أ: وإن قالوا.
(٢) فى ط: بدئ.
(٣) فى أ: علة المثل.

قال أشهب: ولو اشترى ابنه وأخاه فى مرضه واحدا بعد واحد، فالأول أولى؛ لتقدم استحقاقه، أوفى صفقة، فقياس قول مالك: يتحاصان.

قال: وأرى تبدئة الابن وعتقه وتوريثه.

قال ابن يونس: إن اشترى ابنه بماله كله، عتق منه ما حمله الثلث، فإن كان يعتق على الوارث، عتق الباقى عليه.

قال ابن وهب: إن اشترى من يحجب كابن الوارث، ورث جميع المال، فإن كان لا يرث غيره، جاز شراؤه بكل المال، ويعتق ويرث ما بقى، فإن كان لا يحجب وشارك فى الميراث، لا يشتريه إلا بالثلث ولا يرثه؛ لأنه إنما يعتق بعد الموت، وقد حاز المال لغيره.

وقال أشهب: لا يشتريه إلا بالثلث كان يحجب أم لا ولا يرث.

وقال عبد الملك: كل من يجوز له استلحاقه يجوز له شراؤه بجميع المال، شارك فى الميراث أم لا؛ لأنه لو استلحقه ثبت نسبه وميراثه.

ويمتنع شراؤه غير الابن والآباء والأمهات والأخوات والإخوة؛ لأنه لا يستلحقهم، وقاله المدنيون.

وعن مالك: يشترى الأب وغيره من الثلث ويرثه.

وعن أشهب: ليس له شراء ابنه بماله كله إذا لم يكن معه مشارك فى الميراث، أو يكون من يرث فى رق الولد، ويحجبه الولد الحر، فأما مع المشارك فلا يشتريه إلا بالثلث، وكذلك من يعتق عليه [إذا ملكه](١) وأنكر قول مالك: أنه لا يشتريه إلا بالثلث ولم يفصل(٢).

قال اللخمى: اختلف فى الآباء والأبناء والأم والإخوة والأخوات والجدات كالاختلاف فى الولد، هل يعتقون من رأس المال أو من الثلث؟

فعن أشهب: من رأس المال، وعنه: ذلك إذا لم يكن معه وارث لأنهم أولى بماله.

وخصص «عبد الملك» هذا بالابن فيعتق من رأس المال ويرث؛ لأن له استلحاقه

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: يقصد.

بخلاف غيره.

وقيل: يختص برأس المال الولد، وولد الولد، كان له ولد آخر أم لا.

فرع: فى الكتاب: أوصى بعتق أمته بعد موته بسنة، والثلث يحملها، فما ولدت بعد موته وقبل السنة، يعتقون بعتقها، وكذلك المكاتبة والمدبرة بعد العقد، وأرش جراحها[(١)] وقيمة مثلها قبل السنة للورثة؛ لأنها ملكهم فيها، وما أفادت بعطية أو كسب لا ينزع منها؛ كالمعتقة إلى أجل يتبعها مالها.

وقيل: ينتزع إذا لم يقرب الأجل؛ لأنها رقيق، فإن جنت خير الورثة فى فداء الخدمة بجميع الجناية، ويسلموا الخدمة للمجنى عليه، ويقاص بها فى الجناية، فإن وفت قبل السنة رجعت للخدمة بقية السنة، وإن بقى من الأرش شىء بعد السنة عتقت واتبعت به، وللوارث عتقها قبل السنة؛ لأن الحق له فى الخدمة، والولاء للموصى؛ لأنه المنشئ للعتق من ثلثه، وإن كانا وارثين فأعتق أحدهما سقط حقه من الخدمة وحده، وبقيته حر، ويخدم الآخر إلى تمام الأجل - قال التونسى: من أعتق فى صحته إلى أجل ثم مات فالأقرب[(٢)] أن للوارث انتزاع المال.

فرع: فى الكتاب: أوصى لعبده بثلث ماله وقيمته الثلث، عتق جميعه؛ لأنه ملكه ثلث نفسه [فيعتق على نفسه][(٣)] كما يعتق على الشريك المعتق، وما فضل من الثلث فللعبد، وإن لم يحمله عتق منه ما يحمله، وله مال استتم منه عتقه؛ كما يقوم على غيره، وكذلك إن أوصى له بالسدس وقيمته السدس عتق، رواه ابن القاسم.

وروى ابن وهب: لا يعتق فيما بيده، ويوقف بيده لأن العتق على الغير لنفى الضرر عن الشريك وهو لا يضر نفسه.

قال: قال مالك: فإن لم يترك غير العبد وأوصى بثلث ماله وبيد العبد ألف دينار، لا يعتق إلا ثلثه، ولا يعتق فيما بيده، بل يوقف بيده؛ لأن الموصى أوصى بعتق ثلثه فالتكميل إنما يتعين على السيد وهو معسر، بخلاف إذا كان له مال وأوصى له بثلث المال، وكذلك إذا كان للعبد امرأة حرة وولدها منه أحرار، فأوصى السيد لجميعهم بثلث ماله، عتق العبد فى ذلك؛ لأن ولده ملك بعضه لكونه من جملة الثلث [وملك

(١) فى ط: خراجها.
(٢) فى أ: فالأولى.
(٣) سقط فى أ.

هو من نفسه للبعض][(١)].

قال صاحب النكت: قال بعض القرويين فى مسألة الوصية لأولاد العبد: إن لم يقبل الأولاد عتق ما أوصى لهم به من أبيهم، وإن لم يقبلوه على الاختلاف، وإن قبلوا ما أوصى لهم به من أبيهم دون المال، كمل عتقه فى ذلك المال، وإن كان عليهم دين، فالمال فى دينهم، أما لو أوصى لهم من أبيهم، فالعتق أولى من الدين.

قال ابن أبى زيد: ينبغى - على قول مالك - إن لم يقبل الولد الوصية من أبيهم وقبلوا الوصية فى بقية الثلث - أن يعتق عليهم ما وقع لهم من ثلث أبيهم ولا يكمل عليهم، وعلى قول أشهب: لا يعتق حصتهم من رقبته إلا أن يقبلوها فيتم عليهم باقيه.

قال التونسى: إذا أوصى له بثلث تركته، عتق ثلثه فى نفسه ويكمل عتقه فيما أوصى له به من بقية ماله، ويبدأ على الوصايا إلى تمام رقبته، وما فضل فهو له، وإن أوصى له بثلث نصيبه ومائة دينار لم يبدأها فى الثلث، وحاص بها أهل الوصايا. قاله مالك.

وقال سحنون: لا يبدأ فى الوجهين إلا بثلث نفسه ويحاص بما سوى ذلك؛ لأنها وصية كغيرها.

قال ابن القاسم: إذا أوصى لعبده بثلث ماله ولأجنبى بثلث، يتحاصان، فما صار للعبد عتق فيه، أو للأجنبى أخذه، ولا يبدأ العبد؛ لأنه عتق على نفسه.

قال التونسى: ولا فرق فى الحقيقة بين الوصية له بثلثه أو بثلث نفسه وبمائة دينار، بل ينبغى التبدئة [به][(٢)] فيهما لأجل العتق، وبدأه «عبد الملك» فى نفسه فى الثلث، ولم يبدأه فى المائة، ولم يبدأه «ابن القاسم» فى بقية الثلث مع قوله أنه يعتق فيه، وهو يدل على أن ذلك ليس من جهة الميت، فلهذا عتق على العبد، وهو غير قادر على رد عتق ثلث نفسه، وإذا جاز ذلك وأجاز عتقه فى بقية الثلث؛ لأنه عتق على نفسه - لزم عليه إذا وهب رجل لعبده نصفه وعليه من الدين ما يستغرق النصف الآخر، أن يقوم النصف على العبد إن كان له مال، وإن أوصى له بنصف نفسه أن

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.

يكمل.

وقال أصبغ: وإن أوصى له بربع نفسه وثلث ما يبقى من ماله سوى العبد، فإن قال: لم يعتق إلا ربع العبد، ولا يعتق نفسه فى بقية الثلث، وإن لم يقل، دخل فى ذلك بقية رقبته، ثم يقوم على العبد ما بقى من رقبته إن عجز منها شىء فى مال نفسه، فقد بين أنه إذا قال: سوى العبد، أنه كالموصى له بمال مع ثلث رقبته، وأنه لا يقوم فى ذلك، وإن لم يقل، يقوم فى مال نفسه وبقية الثلث، وينبغى على قوله ألا يقوم فى مال نفسه لأن مال نفسه ليس هو الوصية.

فإن أوصى لعبده بشىء بعينه فلم يحمله الثلث، قطع له فيه ولم يعتق على القولين.

وإذا أوصى له بخدمة أو سكنى ولم يحملها الثلث، قطع له بالثلث شائعا، وعتق فى ذلك، فإن أوصى له بدنانير تخرج من الثلث حاضرة ولا يحتاج إلى بيع العبد، أخذها إذا حملها الثلث، وإن لم تحضر كلها واحتيج إلى بيع العبد لتكمليها، ولا يتم الثلث الآن للعبد، رجع ذلك كله عتقا، فيعتق من العبد ثلث جميع الميت، وكذلك لو أوصى له بدراهم ودنانير ولم يقل من ثمنه، وليس له إلا العبد، عتق منه بقدر ذلك، وليس للورثة إعطاء ذلك، ولا يعتق العبد.

وإن أوصى له بثلث دين [وشهد](١) عليه شاهد، حلف معه كحلف الورثة.

ولو أوصى له بعتقه ولم يحلف مع شاهد يقوم للميت ليعتق فيه، والصورتان تئولان إلى عتق.

وفى كتاب ابن سحنون: فى عبد له امرأة وأربعة أولاد أحرار، أوصى سيده بثلث ماله لجميعهم؛ تطلق عليه امرأته إن قبلت، والثلث بين الولد والأبوين أسداس: للعبد الثلث من نفسه، ولبنيه أربعة أسداس، ويعتق نصيبه ونصيبهم، وبيد الزوجة سدس ثلث يضم إلى ما يقع له ولبنيه من بقية الثلث، فإن وسع بقية العبد عتق، وإلا فما وسع من ذلك، وإن كان فيه وما عتق فى سهمه وسهم بنيه ويبقى سهم المرأة، [فإن بقى](٢) للعبد ولبنيه من الثلث بقية فهى على خمسة أجزاء وعتق سدس المرأة

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: فأبقى.

فيما للعبد من بقية الثلث، فإن لم يف عتق باقيه على بنيه فيما لهم من ذلك وغيره إن قبلوا الوصية، ولا يقوم على العبد باقيه فى مال، إن كان له على مقتضى رواية ابن وهب عن مالك.

قال: وفيه نظر؛ لأنه جعل ثلثى الورثة من العبد تقوم على العبد وعلى بنيه ولم يبدأ بالتقويم على العبد، فإن عجز قوم على بنيه فيما ورثوا فى غيره، والتحقيق: لا فرق بين ثلثى الورثة وسدس المرأة، وينبغى على مذهب ابن القاسم، ولو لم يقبل الولد الوصية فى رقبة أبيهم، أن يعتق ذلك عليهم وألا يقوم عليهم فى بقية الثلث؛ كمن أوصى لولده بمن يعتق عليه أنه يعتق ولا يقوم عليه، وعلى قول غيره: لا يعتق عليهم منه شيء.

قال سحنون: فإن أوصى لعبده بثلث ماله وللعبد ولد رقيق للسيد، فالأب أولى بالثلث يعتق فيه، فإن بقى منه شيء دخل فيه الابن بالعتق ما بلغ الثلث، ثم قال: الذى يعتق على بنيه ما صار لهم بالوصية ويأخذ ما بقى مالا، مع أن مذهبه: أنه إذا أوصى لعبده بثلثه إنما يعتق ثلثه بلا تقويم على نفسه، فكيف قال ههنا يستتم فى بقية الثلث؟ وإذا كمل عليه فى بقية الثلث على قوله كمل عليه ابنه فى بقية الثلث.

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: إن أوصى بأن يباع منه بعشرة لأخيه وللعبد بقية نفسه، بيع منه بما ذكر لأخيه وعتق باقيه، إن حمل الثلث، ويقوم فى ذلك بماله.

قال ابن القاسم: أوصى أن يباع بثلاثين منها لفلان عشرة فبيع بذلك فأكثر، لا يزاد على العشرة، أو بأقل وأكثر من عشرين، فله ما زاد على عشرين، أو بعشرين لم يكن له شيء؛ لأنه إنما أوصى له بالزائد عليها. وقيل: له ثلث ما بيع به مطلقا بأقل من ثلاثين؛ لأنه [أوصى][1] له بثلث ثلاثين.

وقال أشهب: له عشرة ولو لم يبع إلا بها فأقل؛ لأنه أوصى له بها.

قال مالك: وإذا قال: ثلث عبدى له وله مائة دينار، ليس له أن يأخذ بالمائة من[2] نفسه عتقا؛ لأنه إنما أوصى له بها مالا.

قال ابن القاسم: لو أوصى له بثلث ماله وأوصى بعتق عبد آخر، يبدأ[3] الموصى

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: فى.
(٣) فى ط: يبد.

[له][(١)] بعتقه؛ لأنه عتق على الميت وذلك عتق على نفسه.

قال ابن القاسم: وإن أوصى بثلث ماله لابن عبده، والابن حر كبير، وقبل الوصية عتق عليه أبوه، أولم يقبل، عتق ثلث الأب، لدخوله فى ملكه [قهرا، ولا يفتقر][(٢)] إلى القبول. وإن كان صغيرا، عتق ثلثه فقط.

وإن أوصى له بثلث ماله وفى التركة أخوه، فليس له أن ينكب عنه؛ حذر العتق، بل إن قبل عتق عليه كله، ورد للورثة بقية القيمة، وله قبول الوصية إلا ثلث أخيه، ولا يلزمه عتق باقية، بل يعتق ثلثه لدخوله فى ملكه[(٣)].

فرع: فى الكتاب: أوصى بخدمة عبده سنة، لا يبيعه الورثة على القبض بعد سنة؛ لأنه معين يتأخر قبضه فهو غرر، فإذا أوصى بخدمة أو غلة نخل أو السكنى سنة، جعل فى الثلث قيمة الرقاب، فإن حملها نفذت الوصايا، وإلا خير الورثة فى إجازة ذلك، أو يقطع الموصى له بثلث الميت فى كل شىء بتلا.

قال صاحب التنبيهات: لو لم يعلم المشترى بذلك حتى انقضت السنة؛ بأن يشتريه ويودعه فيسافر ثم يقدم فيعلم ويرضى.

قيل: يفسد؛ لوقوعه أولا فاسدا، على الخلاف فى علم أحد المتعاقدين بالفساد، وعلى القول [بجوازه][(٤)] يخير فى التمسك، ولا كراء له فى السنة، أو يقسم البيع؛ لأنه عيب.

قال التونسى: إنما جعلت الرقبة فى الثلث؛ لأن الميت أخرجها عن الورثة مع الخدمة مع إمكان عدم الرجوع إليهم، وأوصى مع ذلك بوصايا قومت الخدمة بقدرها، وحوصص بها لأن الرقبة ههنا سقط إخراجها عن الورثة، ويصير النماء له[(٥)]، ويحاصص به وهو قيمة الخدمة، وهو حكم الغلات كلها.

قال ابن يونس: قال محمد: لو قال: عبدى لفلان بعد سنة، أو يخدم فلانا سنة، أو هو لفلان، فأصل مالك: أنه متى زاد على ثلثه وأبى الورثة الإجازة فإنهم

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: فهو أو لا يفتقر.
(٣) فى ط: ماله.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: إنما له مال.

يخرجون لأرباب الوصايا من ثلث الميت، من عين، أو دين، أو غيرهما، إلا فى خصلة واحدة.

اختلف قول مالك فيها:

دابة بعينها، أو عبد بعينه، وضاق الثلث:

فقال مرة كما تقدم.

وعنه: يعطى مبلغ ثلث التركة فى ذلك المعين؛ لاختصاص الوصية به.

قال: وهوالصواب الذى يثبت عليه قول مالك، ومن قال يخدم فلانا سنة ثم هو حر، فلم يقبل فلان، خدم الورثة ثم عتق، ولو وهبها العبد أو باعها منه، فهو قبول، ويعتق مكانه؛ لسقوط الخدمة المانعة من العتق، وإن كان غائبا، أجره له السلطان وعتق بعد الأجل، إلا أن يريد به الكفالة والحضانة فينتظر ويكتب إليه أو يخرج العبد إليه، فإن انقضت السنة من يوم موت الموصى، عتق، خدم أم لا؛ كما لو قال مالك: لو قال لعبده: اخدمنى سنة وأنت حر فأبق أو مرض حتى مضت السنة عتق، أو قال: عبدى حر بعد عشرين سنة فإنما يحسب من يوم الموت دون الوصية، وإذا أوصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر بعد موته، فنفقته على المخدم؛ لأنه الحائز له ولمنافعه الآن، وكذلك: ما تلده جاريته فى حياته لرجل وبرقبتها لآخر، فالنفقة على من له الولد، وزكاة الفطر هل هى على المخدم أو صاحب الرقبة - وهو مذهب الكتاب -؟ قولان.

قال اللخمى: حساب السنة فى الغائب من بعد الموت محمول على أن الموصى اعتقد أنه حاضر، وإلا فالسنة من يوم وصول العبد إليه، وخدمه ما بين وصوله إليه للورثة ونفقته[1] عليهم، والموصى: تخدم فلانا حياته، يخدم ولدها معها، وكذلك ولد المخدم من أمته بعد الوصية؛ لأن الخدمة تقرير لما أوصى به، وأما نحو ثلاث سنين وهو يرضع - لا يبلغ الخدمة قبل الحرية، عتق الولد الآن؛ لعدم الفائدة فى إيقافه؛ إذ لا خدمة له فى ذلك الأجل، وإن كان المرجع لرجل، فالولد له من الآن.

قال صاحب التنبيهات: عن مالك فى نفقة المخدم ثلاث روايات:

على المخدم فى مال نفسه فإن لم يكن له مال فعلى من له الخدمة، وفى الكتاب:

(١) فى أ: ويعتقه.

زكاة الفطر على ربه، وإن جعل رقبته لآخر فعلى صاحب الرقبة، وقال أشهب: على من له الخدمة فيهما.

فرع: فى الكتاب: ولد الأمة للموصى بعتقها قبل موت سيدها رقيق؛ لأن الوصية إنما تعتبر بعد الموت؛ لأن له الرجوع قبل ذلك، وبعد موته حر معها فى الثلث أو ما حمل الثلث بغير قرعة.

قال التونسى: لم يذكر ههنا خلافًا؛ كالثمرة تحدث بعد موت الموصى.

فقال - مرة -: تقوم الأصول وحدها، فإن خرجت من الثلث تبعتها الثمرة.

وقال - مرة -: يقوم الجميع.

وأما إن أوصى بحمل الأمة فإن خرجت الأم من الثلث، عتق الولد إذا خرج، وإن لم يخرج من الثلث عتق منهما ما حمل الثلث، ولم يقطع بالثلث للموصى له بالجنين؛ كما قال فى السكنى والخدمة؛ لأن الجنين كأنه بعض الأمة فقطع له فى جنسها.

قال ابن يونس: لو ماتت الأم قبل القيام فى الثلث، عتق ولدها بعد الموت من الثلث.

وكذلك: لو أوصى بعتقها وهى حامل، وقال: ولدها مملوك، فولدت بعد موته - عتق، ولا ينفع استثناؤه؛ لأنه على خلاف عقد[1] الوصية.

قال مالك: ولو أوصى أن تباع ممن أحبت وكانت حاملا فأخر ذلك حتى ولدت، فولدها معها حر للوصية؛ لأن القاعدة: أن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، ويروى ذلك حديثا.

قال ابن القاسم: لو أوصى أن يحج عنه بثمن جارية فولدت بعد الموت، دخل ولدها معها.

وإن أوصى أنها حرة إن أسلمت فغفل عنها بعد موته حتى ولدت ثم أسلمت، دخل ولدها معها، وكذلك: إن أدت عشرة دنانير، أو: إن رضى أبى فهى حرة، فغفل عنها حتى ولدت ثم كان ذلك، ولا يعجل[2] بيعها إن أبت أن تبذل عشرة حتى

(١) فى ط: عند.
(٢) فى ط: يجعل.

يردد عليها فتأبى، ولها الرجوع ما لم ينفذ فيها حكم بيع أو قسمة؛ لأنه حقها حتى تمكن من تعلق حق غيرها، وإن أوصى له بعشرة من غنمه فمات وهى ثلاثون فصارت خمسين: قال سحنون: له خمسها، وقاله أشهب.

وقال مرة: له من الأولاد بعدد الأمهات.

فرع: فى الكتاب: أوصى بحمل أمة أو وهبه[1] أوتصدق به ثم أعتقها هو أو ورثته، عتق وبطلت الوصية وغيرها؛ لأنه لو وهبها ثم فلس بيعت، وما فى بطنها للمشترى.

قال صاحب التنبيهات: إذا أعتقها الوارث قبل الوضع فولاؤها للوارث المعتق.

قال اللخمى: إذا أوصى بجنين أمته لزيد، جعل فى ثلث الأمة[2]؛ لامتناع الورثة من التصرف فيها، فإن لم يحملها الثلث ولم يجيزوا الوصية فى العتق، جعل فى ثلث[3] الأمة وعتق منها ومن ولدها ما حمله الثلث، وإن كانت الوصية لرجل قطع له بثلث الميت سابقا؛ لأن الوصية به معاوضة من الميت لأخذه سهمًا أقل من الثلث وهو الجنين، ووقف عليهم التصرف فى الأم بخلاف إذا أوصى بعتقه؛ لأن من شرط الوصية بالعتق جمع ثلث الميت فى عين المعتق؛ لأن الموصى له لما تعذر جعل الثلث فى الجنين جعل فى الأم، لينال من العتق أكثر مما يكون لو كان شائعا.

فإن أوصى بالجنين لرجل وبالأم لآخر فأعتق الأم الموصى له بها، ففى الكتاب: يمضى عتق الأم، ويسقط حق الموصى له بالولد.

وعن ابن القاسم: يوقف عتق الأمة حتى تضع فيقوم الولد على أن يعتق الأم فيعتقان. وعنه - أيضا - يوقف عتقها حتى تضع فيأخذ الولد الموصى له بعد ويمضى عتق الأم بالعقد الأول، وهو أحسن للإجماع على أن عتق الولد لا يسرى للأم، وليس لمن أعتق بعض الأم، وإن وهبه ثم أعتق الأم قبل الحوز، مضى العتق، وسقط حق الموهوب من الولد، وبعد الحوز امتنع عتق الأم حتى تضع.

فرع: قال اللخمى: إذا أوصى لبكر لا ولى لها ودفع الورثة ذلك لها بغير إذن الإمام، برئوا؛ لأنه أوصى بدفع ذلك إليها.

قال: وأرى إن كان لها وصى أن يدفع إليه إلا أن يعلم أن الميت أراد دفع ذلك

(١) فى أ: رهنه.
(٢) فى ط: الثلث الأم.
(٣) فى ط: الثلث.

إليها؛ توسعة فى مطعمها.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى بشراء عبد ابنه[١] لا يزاد على قيمته؛ لئلا يكون وصية لوارث، بخلاف الأجنبى.

فرع: فى الكتاب: إذا قتل الموصى له الموصى خطأ، جازت الوصية فى المال دون الدية؛ لأن الوصية إنما تدخل فيما علمه الموصى، أو عمدًا فلا فى المال، ولا فى الدية؛ قياسا على الوارث، وإن أوصى له بعد أن ضربه خطأ وعلم به، جازت فى المال والدية؛ لعلمه بها، ويجوز فى المال دون الدية فى العمد؛ لأنه قد لا يصالح عليها، فهى غير معلومة له.

قال صاحب التنبيهات: إذا حيى حياة بينة وعرف ما هو فيه والوصية مقدمة ولم يغيرها ولا جدد أمرًا، فقيل: تنفذ، وهو ظاهر ما فى كتاب الديات، وتدخل الوصايا فى ذلك على العموم وقيل: لا تدخل إلا أن ينص عليها، ولو قتله الموصى له عمدا، قال فى الهبات: تبطل الوصية ولم يفصل، علم أم لا، ولا يتركونها فى مال ولا دية.

وعنه: إن قتله عمدا بعد الوصية، بطلت؛ لإرادته تعجيل ما أحله الله تعالى.

وعنه: تبطل فى المال والدية إلا أن يعلم أنه قتله عمدا فيوصى له بعد علمه، فيجوز فى المال دون الدية إن قبلت.

وقال محمد: يجوز فى المال دون الدية علم أم لا؛ لانتفاء التهمة بتعجيل الوصية، وجعل ابن أبى زيد هذا معنى ما فى الكتاب.

قال صاحب النكت: قال بعض الصقليين: قوله فى الكتاب: «إذا قتله خطأ، الوصية فى المال دون الدية» معناه: إذا مات بالفور، أما لو حيى وعرف ما هو فيه كانت فى المال والدية.

قال التونسى: فى كتاب محمد: إن قال: إن قبل ولاتى الدية فالوصايا فيها، لم تدخل الوصايا فى الدية إن قبلوها؛ لأن عفوهم مشكوك فيه، قال: وهو مشكل؛ لأنه لو قيل: غرقت سفينتك، فقال: إن سلمت فالوصايا فيها، هل يمكن أن يقال: لا تدخل الوصايا فيها؟

---

(١) فى أ: أبيه.

وفى كتاب محمد: إن أوصى لمكاتب فقتله سيد المكاتب، إن كان ضعيفًا عن الأداء، والأداء أحب للسيد، امتنعت الوصية؛ لاتهامه فى تعجيل منفعته أو قويًا على الأداء، وعجزه أحب لسيده جازت [الوصية](١) فى الثلث، وإن كان القتل خطأ جازت مطلقا، والمستحسن ههنا أن تكون من الثلث والدية؛ لأن الموصى له غير القاتل، فالآخذ غير الغارم.

وإن أوصى لعبد رجل أو مدبره أو معتقه إلى أجل، فقتله سيد الموصى له؛ بطلت الوصية إلا فى التافه الذى لا يتهم فيه، وإن كانت خطأ جازت، واستحسن - أيضا - أن تكون من الثلث والدية، فلو قتله أبو الموصى [له](٢) أو ابنه أو امرأته أو عبده، جازت الوصية فى العمد والخطأ؛ لعدم التهمة [فلو وهب فى مرضه فقتله الموهوب بعد القبض أو قبله، نفذت من الثلث فى العمد والخطأ؛ لعدم التهمة](٣) وكذلك لو أقر له بدين فقتله، وإن كان الدين مؤجلًا، أخذه حالا، ولا يتهم فى تعجيل الدين؛ كأم الولد إذا قتلت سيدها فعفى عنها، عجل عتقها، وقد قيل: إذا علق عتق عبده على موت دابة فقتلها العبد عدوانا، تعمر ويعتق بعد تعميرها، ولو قامت البينة على القتل فعفا الولد عنه صح عفوه ولا يرثه؛ لاتهامه فى العفو على الميراث، بل له أن يوصى له بقدر إرثه؛ لأنه غير وارث، بخلاف الإبراء إلا أن يجعل وصيته؛ لأنه جعله من رأس المال فأشبه قوله: «أعتق هذا فى صحتى تبطل» ولا تكون من رأس المال ولا ثلث، على أحد القولين.

وقيل: من الثلث.

قال ابن يونس: لو أنفذت مقاتله وقبلت ولاته الدية وهو حى فعلم بها فأوصى فيها، دخلت فيها وصاياه؛ لعلمه بها.

ولو أوصى لمعتوه، نفذت الوصية؛ لعدم التهمة؛ لعدم القول المرشد لها، وكذلك الصبى، قاله أشهب.

وفى الكتاب: أوصى لامرأة(٤) فى صحته ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٤) فى ط: لامرأته.

وفى المجموعة: أوصى لابنه العبد أو النصرانى فعتق أو أسلم قبل الموت، بطلت الوصية لأن الوصايا إنما تعتبر عند الموت.

قال اللخمى: إن أوصى له بعد الجناية ولم يعلم قاتله لا شىء له، قال ابن القاسم: إلا أن يعلم أنه علم وأوصى له بعد ذلك.

وقال محمد: إذا أوصى له بعد الجناية وهو لا يعلم، نفذت الوصية، وقاس مالك [قتل الموصى][(1)] على الميراث، وهما مختلفان؛ لأنه لو أوصى أن يورث من الدية ما جاز، ولو أوصى لغير الوارث بثلث الدية جاز، وتعلقهم بأن الدية تجب عليه فلا يأخذ منها لئلا يؤدى لعدم القيام بالواجب يبطل، فإذا أوصى لغريمه بثلث ماله، فللغريم من الدين الذى عليه ثلثه، ولو جنى على عبد مريض فللموصى له ثلث قيمة ذلك العبد، ولو أوصى لامرأة فى صحته فتزوجها فى صحته بطلت الوصية؛ لأنها وارثة، أو تزوجها فى مرضه لم تبطل، ولو أوصى لها فى المرض، وتزوجها فى المرض، فكذلك؛ لأن النكاح فاسد، وإن تزوجها فى الصحة وطلقها فى المرض، ثم أوصى، بطلت؛ لأن الطلاق فى المرض لا يبطل الميراث طلقها برضاها أم لا.

قال: وأرى إن سألها ألا ترث ولها الوصية، إن كانت مثل ميراثها فأقل، وإن كانت أكثر لم تعط الزائد؛ لاتهامها فى العمل على ذلك، ولو وهب أخاه فى مرضه هبة فقبضها ثم مات، بطلت؛ لأنه يخرج من الثلث.

فرع: فى الكتاب: إذا مات الموصى له بعد موت الموصى، فالوصية لورثته علم بها أو لا؛ لأنها حق موروثهم، ولهم عدم القبول؛ كالشفعة وخيار البيع إذا انتقل إليهم.

قال اللخمى: إذا مات فى حياة الموصى، بطلت الوصية؛ لأنها إنما تعتبر عند الموت، وعند موت الموصى هو[(2)] غير أهل.

ووافقنا [(ش)][(3)] فى الموت فى حياته وبعدها، أنها تبطل أولا، فتنقل للورثة فى الثانى.

---

(١) فى ط: القتل.
(٢) فى ط: هل هو.
(٣) سقط فى أ.

وقال الأبهرى الأشبه إذا مات بعد موت الموصى أن تكون لورثة الموصى؛ لأنها على ملك موروثهم حتى تخرج بالقبول من الموصى له.

قال صاحب التنبيهات: تبين بهذه المسألة أن القبول لا يشترط قبل موته ولا علمه.

وقال الأبهرى: تكون لورثته إذا قبلها.

وقيل: تورث عنه على كل حال، وليس لورثته ردها ولا يحتاجون لقبول.

قال ابن يونس: إذا مات فى حياة الموصى وبطلت، اختلف قول مالك: هل يحاص بها ورثة الموصى أهل الوصايا أم لا؟

فرع: فى الكتاب: لا تدخل الوصية إلا فيما علمه الميت؛ لأنه الذى توجه إليه القصد والوصايا، ويدخل المدبر فى الصحة فيما علم، وما لم يعلم.

والفرق: أن الوصية تمليك فافتقرت للوصى، والمدبر يخرج من الثلث بحكم الشرع دون السيد، وإن أوصى بثلث أو عتق أو غيره ولامال له، أو كان له ثم هلك عن مال مستفاد أو موروث وعلم بذلك المال قبل موته، دخلت فيه الوصايا، وإن لم يعلم فلا، وكل ما يرجع بعد موته من عمرى أو غيرها، تدخل فيه الوصايا؛ لأنه معلوم، ويرجع فيه من انتقص من وصيته شىء، وإن أوصى بعتق كل مملوك له وقد ورث رقيقا لا يعلم [به، لا يعتق][1] إلا من علمه منهم.

قال صاحب التنبيهات: ظاهر الكتاب يقتضى أن المدبر فى المرض والمبتل فيه، لا يدخلان فى المجهول، وعليه حمله المحققون.

وفى الموازية: المدبر فيهما سواء، يدخلان فى المعلوم والمجهول، واختلف فى المبتل فى المرض: ففى الكتاب: لا يدخل، وخرج الشيوخ على ما فى الموازية دخول المبتل؛ لأنه أقوى، وهو بعيد؛ لنصه فى الموازية على الفرق، ولا قياس مع النص.

قال اللخمى: أرى إن كانت الوصية بالثلث لا ينفذ [إلا][2] المعلوم وصى لواحد أو لجماعة، معينين أم لا؛ لأنه القدر الذى وصى به، فلو وصى بزكاة أو كفارات أو

---

(١) فى ط: بهم لم يعتقوا.
(٢) سقط فى ط.

هدى وضاق الثلث [نفذت مما][١] لا يعلم به؛ لقصده تنفيذ ذلك عنه، وقد قيل: إن ذلك يخرج من رأس المال، عند ابن شهاب.

فإن أوصى بتطوع وعدة وصايا مخالفة وضاق الثلث فذلك أشكل، وقد قيل: إن قصد الميت إنفاذ جميع ذلك من ثلثى الورثة، ولهذا يخيرون بين الإجازة، والمحاصة فى الثلث، والتبدية بالآكد إن لم يجيزوا، فعلى هذا: تنفذ الوصية فيما لم يعلم به؛ لأنه إذا رغب فى إتمام ذلك من غير ماله وهو مال الورثة فأولى من مال نفسه.

وقيل: الوصية على ثلثه لا غير، فعلى هذا: لا يخير الورثة؛ لأنه لم يتعرض لهم، ولا تدخل الوصايا فى المجهول.

واختلف فى الدين فى الصحة: والذى ثبت عليه مالك الدخول فى المعلوم والمجهول؛ كما اختلف فى مدبر المرض، والذى ثبت عليه ابن القاسم عدم الدخول فى المجهول.

والفرق: أن الصحيح يجهل ما يموت عليه، فقد قصد بمدبره المجهول، والمريض يتوقع الموت فما قصده إلا ما يعلمه[٢] حينئذ، وهذا مات من هذا المرض فإن مات من غيره أو من غير مرض فكالصحيح، وما ذهب ولم يقطع بعدمه، فهو كالمعلوم، فإذا عاد الآبق دخلت فيه الوصايا وإن أيس منه.

وإن أقر بدين متهم فيه ولم يجزه الورثة، لم تدخل فيه الوصايا؛ لإخراجه من ماله وقيل: تدخل؛ لتوقعه عدم الإجازة، وهذا إذا كان جاهلا، أما العالم فإن حكم الورثة التخيير تدخل فيه الوصايا.

قال الأبهرى: إذا أوصى بثلثه وحدث مال بعد الوصية فعلم به، حصلت الوصية فيه وإن تقدمت عليه؛ لأن المقصود ثلث المال عند الموت، ولو وهب هبة فلم تجز عنه حتى مات، لا تدخل فيه الوصية وإن رجعت ميراثًا؛ لأنه أراد الوصية فيما عداها.

وفى شرح الجلاب: تدخل فى المؤيس منه؛ كالعبد الآبق عند مالك لعلمه به.

---

(١) فى أ: نفذتهما.
(٢) فى أ: يسلمه.

وعنه: عدم الدخول للإياس.

وقال (ش) و (ح): تدخل الوصايا فى المجهول مطلقا؛ لأن لفظ «المال» يتناوله، وقد قال: ثلث مالى، وانعقد الإجماع على الجهالة لأنها لا تنافى الوصية وأن الوصى لا يشترط فى تفاصيل الوصية؛ بدليل دخول الوصية فيما يحدث بعد الوصية، وأن الجاهل بتفاصيل ماله عند الوصية تنفذ وصيته فى جملة ماله.

والجواب: قوله -عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ»[١] والمجهول لم تطب به نفسه.

خالفناه فى تفاصيل المعلوم لتوجه القصد إليها من حيث الجملة، فإنه دخل فى وصيته على ثلث ما يتجدد، وعلى ما هو الآن فى ملكه، ورضى بمقدار ذلك من حيث الجملة، أما المجهول على الإطلاق فلم يخطر له ببال، والأصل: استصحاب ملكه، وإعمال ظاهر الحديث.

ولا يلزم من إجماعنا على الجهالة التى اشتمل عليها المعلوم وقصد إليها من حيث الجملة - تجويزنا المجهول المطلق؛ كما أجمعنا على جواز السلم اقتصارا على الأوصاف المشتملة [على الجهالة][٢] بخصوص العين، ومنعنا جهالة ما لم يشملها العلم من وجه؛ فكذلك ههنا، وأصل نقل الأملاك: الرضا بالإجماع؛ بدليل أنه لو لم يوص، لم ينتقل ملك الموصى له إجماعا، فالمجهول مطلقا كما لم يوص فيه.

فرع: فى الكتاب: أول ما يبدأ به من الثلث:

المدبر فى الصحة على الوصايا والعتق الواجب وغيره؛ لأن له الرجوع فى العتق وغيره من الوصايا دونه، والتدبير على المبتل فى المرض وما أوصى به من الزكاة وفرط فيه من كفارة أو زكاة؛ لأن المبتل فى المرض كالوصية، وكذلك ما فرط فيه هو فى الثلث، وأما ما تحل زكاته فى مرضه أو مال تقدم عليه وقد حال حوله ففى رأس المال، وإن لم يأمر به لم يقض به على الورثة، بل يؤمر بهما؛ لاحتمال دفعه إياه من جهة أخرى.

(١) أخرجه الدارقطنى فى السنن (٣/ ٢٦)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٠٠) (٨/ ١٨٢)، وينظر تلخيص الحبير (٣/ ٤٥).

(٢) سقط فى أ.

وإذا أقر المريض بدين، أو أوصى بزكاة وفرط فيها وبتل فى المرض ودبر فيه، وأوصى بعتق بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق وبكتابة عبد له وبحجة الإسلام ويعتق غير معين - فالدين من رأس المال إن لم يتهم فيه؛ لأنه مستحق قبل الإرث؛ ولقوله - تعالى -: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] وهومقدم على الوصية إجماعا، وما ذكر فى ثلثى ما يبقى، فإن كان الدين لمن يجوز إقراره له، أخذه، وإلا رجع ميراثا، ثم يبدأ بالزكاة لوجوبها، ثم المبتل والمدبر - معا - فى المرض؛ لأنه نجزهما ثم الموصى بعتقه المعين والمشترى بعينه معا، ثم المكاتب؛ لتوقف عتقه على أمر من جهته، بخلافهما، ثم غير المعين؛ لتعلق حق المعين لتعينه وتضرره بفوات العتق وغير المعين لا يتضرر، وغير المعين والحج معا.

وقد قال مالك: يبدأ بالعتق؛ لضعف الحج، ويقدم الموصى بعتقه على المشترى للعتق غير المعين؛ لتأكد ضرر المعين بالفوات.

وإذا أوصى بشىء فى السبيل بدئ بذى الحاجة، وإن قال: ثلث مالى لفلان والمساكين، أو فى السبيل والفقراء واليتامى، قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثا ولا أنصافا، وإن أوصى بعتق عبده بعد موته [بسنة][1] ولفلان بثلثه أو مائة دينار والعبد هو الثلث - بدئ بالعبد؛ لشرف العتق وقوة التعين ولا يعتق إلا بعد سنة، ويخير الورثة بين إعطاء المائة أو الثلث للموصى له بالثلث، ويأخذون الخدمة، أو إسلامها للموصى له؛ لأنها بقية الثلث، فإن أسلموها فمات العبد قبل السنة عن مال، فهو لأهل الوصايا؛ لإسلامه لهم، وإن لم يحمل العبد الثلث، خُيِّر الورثة بين إجازة الوصية أو يعتق من العبد مبلغ الثلث بتلا وتسقط الوصايا؛ لتقديم [العتق على][2] الوصايا؛ لتشوف الشرع له، وقاله جميع الرواة إلا أشهب.

وإن قال: إن مت فأنت حر، قدم المدبر فى المرض عليه؛ لأنه وصية، وقاله الرواة كلهم إلا أشهب.

فإن باع عبدًا فى مرضه بمحاباة وقيمته فى الثلث، وأعتق آخر [و][3] قيمته

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.

الثلث، بدئ بالمعتق[١] كالعتق مع الوصية، وإن قال: إن مت، فمرزوق حر وميمون حر، على أن يؤديا إلى ذريتى مائة دينار فإن عجل ميمون المائة، تحاصا؛ لكونهما عتقا بعد الموت، وإلا بدئ بمرزوق وثبت[٢] عتقه من غير شرط، فإن بقى من الثلث ما لا يحمل ميمونًا، خير الورثة بين إمضاء الوصية، أو تعجيل بقية الثلث من عتقه.

وقيل: يبدأ الموصى بعتقه على الذى قال يؤخذ منه مال؛ لكونه من باب المعاوضة، وهو أقوى من التبرع المحض.

وإن أوصى بكتابة هذا وبعتق آخر، قدم العتق لتحققه، ويتحاص العتق بعد الموت، والموصى بعتقه إلى أشهر بعد الموت؛ لقرب الأجل ولو بعد كالسنة بدئ بالمعجل، ويتحاص الوصية بالمال، والحج بمال وهو غير معين، فإن حمل الثلث الرقبة وتعين الحج بدئ بالرقبة، وحج عنه بالنفقة من حيث تبلغ، ولو كان من مكة؛ جمعًا بين المصالح، وعتق عبده المعين فى المرض أو يوصى بعتقه بعد موته، أو بشراء معين فيعتق، فذلك كله مقدم على الوصايا، والوصية بدنانير فى رقبة يحاص بها أهل[٣] الوصايا؛ لقوة شبهها بالوصية.

وعنه - عليه السلام - أمره بتقديم العتق على الوصايا[٤]. وقاله أبو بكر وعمر - رضى الله عنهما.

ولا يقدم ما قدم الميت أول الكتاب، ولا يؤخر [ما أخر][٥] بل الآكد فى نظر الشرع، إلا أن ينص على تقديم غيره، وقد قال - تعالى - ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ والدين يقدم على الوصية إجماعا.

وقال (ش): إذا ضاق الثلث بسط على المستوية فى المغنى والزمان، فإن قدم بعضها قدم الأول فالأول، كانت جنسًا واحدا أم لا؛ لأن التقديم يوجب الاستحقاق قبل صدور الثانى.

---

(١) فى ط: بالمعين.
(٢) فى ط: أبت.
(٣) فى أ: أصل.
(٤) روى موقوفًا عن عبد الله بن عمر، ينظر السنن الكبرى للبيهقى (٦/ ٢٧٦).
(٥) سقط فى ط.

قال صاحب التنبيهات: قوله فى الموصى بعتقه إلى أجل والآخر بمال، عليه الرواة إلا أشهب. قال أشهب: إما أن يجيزوا العتق إلى أجله ثم يخيروا فى دفع الوصية للموصى له، أو إسلام خدمة ما يخرج من الثلث، أو يعتقوا محمل الثلث من العبد بتلا.

وعن مالك: يخدم ثلث السنة ثم يعتق إذا لم يترك سواه؛ لأن الخدمة مبدأة فى عتقه كله، فكذلك فى عتق ثلثه أو ما يحمل منه الثلث، ثم رجع إلى تبدئة العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت، وقاله فى المدبر فى المرض.

ومن قال له: إن مت فأنت حر، يبدأ بالمدبر إلا أشهب، يعنى: قال: هذ إذا بدأ بلفظ التدبير، ولو عكس، تحاص، وقد رجع مالك إلى تحاصصهما، واختلاف قوله فى الحج مع العتق المعين والوصايا، هل يبدأ أو يحاصص؟

قال الشيوخ: ذلك فى الضرورة الصرورة واختلف فى صفة التبدئة: قيل: إذا بدئ بالعتق أضيف لوصية المال، فما صار ينفق فى الحج يبدأ منه العتق، فإن بقى شيء فله وإلا سقط؛ لأنه قال: الوصية مبدأة على الحج، ولم يقل على الوصايا.

وقيل: يبدأ العتق، ويتحاصص الحج والمال؛ لأنه لم يفرق بين الضرورة الصرورة وغيره وقيل: يبدأ الحج على رواية ابن وهب، ويتحاصص العتق والمال؛ لأن العتق مثل الصدقة.

ولم يختلف قول ابن القاسم ومالك: أن العتق مقدم على وصية الحج التطوع، وهل يتحاص المال والحج أو يقدم المال؟ قولان.

وقال أصبغ: [الصرورة][1] وغيره سواء فى المحاصة مع العتق بغير عينه والوصايا، وقوله فى الموصى بعتقه معينا وشراء رقبة للعتق، يتحاصان، وكذلك المبتل والمدبر، وكذلك قال ابن القاسم فى كتاب الزكاة فى عبد الظِّهَار والقتل.

وقال أبو عمران: التحاصص فى هذه المسائل بالإقراع لأنه يعتق من كل واحد منهما كما يعتق من الآخر. وقال غيره: الحصاص على ظاهره بغير قرعة.

وقوله: «يقدم الآكد فالآكد إلا أن ينص على خلاف ذلك»، معناه: فى كل وصية يجوز له الرجوع فيها، فأما العتق والتدبير والعطيات المبتلات، فلا يبدأ عليها غير

---

(١) فى ط: الضرورة.

المبتلات؛ لقوله «بدؤه» ؛ لأنه لا يجوز له الرجوع فيها إذا أتى كذلك فى أوقات مختلفة، إما بلفظ واحد، أو كتاب واحد ووصل بكلامه التبدئة، فهذا ليس بتلا منه، بل أبقى النظر فيه بعد الموت، ويقدم ما قال يقدم.

قال صاحب النكت: قوله: إذا باع عبدا فى مرضه بمحاباة يقدم عليه العتق المبتل.

قال أشهب: ليس للمشترى أخذه بجميع ثمنه؛ لأجل استيفاء الميت ثلثه، وأما إن بدأ بأحدهما، قدم، وإن كانت العطية المبتلة، ويجعل ما يؤخذ من باقى ثمنه فى عتق العبد[(١)] ولو لم يكن إلا درهما؛ لتعذر الرجوع فى المبتل.

ولابن القاسم فى تقديم المدبر فى الصحة على صداق المريض ثلاثة أقوال:

قدمه فى الكتاب؛ لأن تصرف الصحة مقدم على تصرف المرض؛ ولأنه ليس له أن يأتى بما يبطل تدبيره.

ويقدم الصداق؛ لأنه معاوضة، ولو صح كان دينا ثابتا، والتدبير فى الثلث ويتحاصان؛ لتعارض الأدلة ثم يقدم بعد ذلك الزكاة المفرط فيها؛ لأنها لا تعلم إلا من قوله؛ وما علم من غير جهته أقوى، ولأن صداق المريض والتدبير يقام بهما ويحاصص بهما، فهما أقوى من حق المساكين، ثم العتق عن الظهار ثم العتق [فى قتل النفس][(٢)] لأنهما لهما بدل عند عدمهما، بخلاف الزكاة، فإن ضاق الثلث عن العتقين: أقرع بينهما، وهو معنى كلامه فى الكتاب.

وقيل: يتحاصا، فما وقع للعتق شورك به فى رقبة، وقيل: يقدم القتل؛ لأنه لا إطعام فيه بخلاف الظهار، ثم كفارة اليمين؛ لأنها على التخيير بخلافهما، ثم إطعام رمضان؛ لوجوب كفارة اليمين بالقرآن، والإطعام بالسنة، والمقطوع بوجوبه أقوى، ثم النذر؛ لأنه أدخله على نفسه، والإطعام واجب فى أصل الشرع، ثم العتق المبتل [فى المرض][(٣)] والتدبير فيه عند ابن أبى زيد خلافًا لابن مناس؛ لوجوب النذر حالة الصحة، وهما واجبان حالة الحجر، ويتحاص التدبير والعتق الواقعان فى المرض إذا ضاق الثلث إن كانا فى فور واحد، فإن تقدم أحدهما ثم الموصى بعتقه المعين،

---

(١) فى ط: عتق العتق.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى أ.

والموصى بشرائه للعتق المعين، والموصى بعتقه إلى أجل قريب كالشهر أويعتق على مال، يعجله عند ابن القاسم؛ لأن له الرجوع فى هؤلاء، بخلاف العتق والتدبير المبتلين فى المرض، فإن ضاق الثلث عن هؤلاء، تحاصوا؛ لتساوى الرتبة، ثم الموصى بعتقه إلى أجل بعيد كالسنة؛ لأنه قد لا يقع، ثم الموصى أن يكاتب أو يعتق على مال ولم يعجله؛ لانه ليس بعتق صريح، ويتحاص الموصى بكتابته والمعتق إلى عشر سنين؛ لتساويهما، ثم النذر فى المرض عند ابن مناس على الموصى بعتقه غير معين، وبالمال، وبالحج، ويتحاصص هذه فيما ناب الحج فالرقبة أولى به.

قال التونسى: زكاة الفطر مؤخرة عن زكاة الأموال؛ لوجوبها بالسنة.

وقال أشهب: لا تقدم الزكاة على الوصايا، [وإن أوصى][(١)] بشقص عبد فى مرضه ثم أعتق الحر قدم الأول لبتله[(٢)] على قياس قول ابن القاسم.

وقيل: يقدم العتق على مذهب أشهب لقوله: «المبتل والموصى بعتقه يتحاصان» فكقوله: إن مت فأنت حر وإن عشت فأنت حر، وقال لآخر: إن مت فأنت حر، فسوى بينهما فى المرض، وفضل أحدهما على صاحبه.

وقال محمد: هما كالذى بتل ووصى بعتق، فإن المقول له: إن مت فأنت حر، ويلزمه: إن عشت فأنت حر، فإذا لم يصح فهو كالموصى بعتقه وله الرجوع عنه، فلو قال: اشهدوا إن مت فقد رجعت عن الوصية بعتقه، رق لورثته، على هذا: لو باعه فى مرضه بطل عتقه إذا صح.

وقيل: كفارة القتل تقدم على كفارة الظهار؛ بناء على الخلاف فى العود ما هو؟ وإن لم يكن فى ملكه على من لم يبدأ القتل إلا رقبة واحد، [على من يبدأ العتق][(٣)]. أعتقوها عن أيهما شاءوا، ولو كان مع الرقبة ما يطعم عن الظهار، عتقت عن القتل، وكفر بالإطعام عن الظهار، والرقبة غير المعينة مبدأة على الحج، وقيل: الوصايا كلها مبدأة على الحج، وسواء - عند ابن القاسم - الصرورة وغيره، ويقدم الحج - عند ابن وهب - على الرقبة المعينة فى الصرورة، وإلا قدمت.

فى كتاب محمد: أوصى بخدمة عبده لرجل، وبرقبته لآخر، ولم يؤقت - ضرب

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: لتبتله.
(٣) فى ط: على من لم يبدأ القتل.

صاحب الخدمة بخدمة العبد، وصاحب الرقبة بمرجع الرقبة فيأخذان ذلك معجلا، تجعل الخدمة حياة الرجل لا حياة العبد، والمعروف: تبدئة الخدمة.

ولو أوصى بخدمته لفلان حياته ثم هو حر، وبمائة لفلان، والعبد هو الثلث - قومت خدمته على غررها، فإن كانت مائة فالخدمة بينهما نصفان؛ لأنه بقية الثلث، فإن مات العبد وترك دنانير فهى للموصى له بالدنانير لا لصاحب الخدمة؛ لأن وصيته فى شىء بعينه مات ولو كان فى الثلث زيادة عشرة على قيمة العبد، أخذها صاحب المائة؛ ليحصل عشر وصيته، وصاحب الخدمة عشر الخدمة، ويقتسمان بقية الخدمة على جزء بقية الخدمة من بقية المائة.

قال ابن يونس: أول ما يبدأ به من التركة أسباب مواراته إلى دخوله قبره من رأس ماله؛ لأن سترة المفلس وقوته مقدمان على الدين وغيره فى الحياة، فكذلك فى الممات.

قال ابن القاسم: إن أعتق عبده فى مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث، قدم الابن، وإن اشترى ابنه وأخاه فى مرضه واحدا بعد واحد، قدم الأول، أو فى صفقة، فقيل: يقدم الابن؛ لشرفه.

وقيل: يتحاصان؛ لاتحاد العقد وتقدم الصدقة المبتلة على الوصايا، قاله مالك.

وقال ابن دينار: يقدم على العتق المعين؛ لأن له الرجوع فيه بخلافها.

قال ابن القاسم: ويقدم العتق المبتل عليها.

قال عبد الملك: إذا أعتق عبده فى المرض وأعتق من آخر نصفه، عتق جيمعه، ويبدأ ذلك النصف على الموصى بعتقه؛ لأن له الرجوع فيه.

قال اللخمى: الواجب ثلاثة:

أحدها: ما يخرج من رأس المال بغير وصية.

وما اختلف فيه، هل يخرج من رأس المال بغير وصية؟

وما يخرج من الثلث إن وصى به، ويجتمع فى الزكاة، فإن لم يفرط فيها وهى زكاة حب أو ثمار فمن رأس المال بغير وصية؛ وكذلك الماشية إن لم تكن بساع، واختلف فى زكاة العين إذا علم وجوبها ولم يفرط.

قال ابن القاسم: إن أوصى أخرجت من رأس المال؛ لوجوبها كالدين، قال: وهو أحسن؛ لاتفاقهما على زكاة الحب والثمار أنها تخرج وإن لم يوص، ولقول

ابن القاسم: إنها من رأس المال بعد الوصية.

وإن أوصى بزكاة فرط فيها، فمن الثلث.

وقال ابن أشهب[١]: من رأس المال.

وقال محمد: من علم منه التفريط فيها ولم يوص، أخرجت من الثلث، قال: والقياس من رأس المال.

وعن محمد: إذا مات المتمتع عند قضاء حجه وبعده ولم يهد عن تمتعه[٢] - أخرج الهدى من رأس المال، وإن فرط سقط مطلقا، ويقدم الهدى فى الثلث على كفارة رمضان؛ لوجوبه بالقرآن، ويقدم هدى التمتع على الفدية؛ لعدم التخيير فيه، والفدية على هدى الفساد؛ لأنها بالقرآن، ولأنها جبر لحج.

والحج الفاسد يؤتى ببدله.

وإن قال: أعتقوا هذا وضعوا عن هذا كتابته، تحاصا، أو ضعوا عن هذا كتابته، وكاتبوا قدم الأول، أو: كاتبوا هذا وأعتقوا الآخر إلى سنة، قيل: يتحاصان، وقيل: يقدم العتق؛ لتوقع عجز المكاتب، ويقدم ما فى ملكه على ما وصى بشرائه للعتق؛ لتوقع الامتناع من البيع؛ قاله محمد.

وقال مالك يتحاصان.

قال صاحب المقدمات: يقدم ما يخرج من رأس المال على ما يخرج من الثلث؛ كأم الولد والزكاة الحاضرة وما أقر به من المعينات أو قامت عليه بينة، والرهن وغير المعين إن كان فى التركة وفاء به وإلا قدم الآكد فالآكد، والمستوية يتحاص، فالآكد تجهيز الميت؛ لأنه - عليه السلام - «أَمَرَ بِقَتْلَى أُحُدٍ فَزُمِّلُوا بِثِيَابِهِمْ» ولم يعتبر ورثتهم ولا ديونهم[٣].

ثم حقوق الآدميين؛ كالدين بالإقرار أو البينة، ثم حقوق الله - تعالى - كالزكوات والكفارات والنذور، إذا أشهد على ذلك فى صحته، يقدم الآكد فالآكد من رأس المال كما يبدأ الآكد فالآكد من ذلك فى ثلثه إذا فرط فيه وأوصى به، وإذا

---

(١) فى ط: ابن شهاب.

(٢) فى ط: متعته.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١٩٥) (٣١٣٤)، وابن ماجه (١/ ٤٨٥) (١٥١٤).

مات عن الماشية وليس فيها السن الواجب، فهى كالزكاة المفرط فيها، وإنما تخرج من رأس المال إذا كان فيها السن.

وخالف عبد الملك ابن القاسم فى التبدئة فى الثلث؛ فقال: المقدم التدبير فى الصحة، ثم العتق المبتل فى المرض، ثم العطية المبتلة فى المرض، ثم التدبير فى المرض ثم الزكاة المفرَّط فيها، ثم كفارة القتل، ثم الظهار. قال: وهو أحسن؛ لأن للموصى أن يرجع فيما أوصى به من الزكاة دون البتل[(١)] والتدبير فى المرض؛ ولأنه يتهم فيوصى بزكاة ليست عليه.

وفى «المعونة»: الوصية بالعتق المعين مقدمة على الزكاة؛ لأمره - عليه السلام - بتبدئة العتق على الوصايا[(٢)]، وهو بعيد فى القياس.

وقدم أبو عمر الإشبيلى الوصية بفداء الأسارى على جميع الوصايا والمدبر فى الصحة وغيره.

وقال: الشيوخ أجمعوا على ذلك.

فرع: قال: وصاياه موقوفة، إن مات فمن الثلث، أو صح فمن رأس المال، إلا أن تكون له أموال مأمونة ينفذ عتقه معجلا، وتقبض الهبات والصدقات قبل الموت، وقاله فقهاء الأمصار.

وقال داود: تصرفه كتصرف الصحة.

وللجماعة حديث الستة الأعبد لقوله - عليه السلام - «إِنَّ الله أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ»[(٣)] الحديث.

تنبيه وتمهيد: قد تقدم تقديم بعض الأنواع على بعض بالتراجيح[(٤)] الفقهية، وإفراد النوع الواحد، هل يقدم منها ما تقدم سببه فى الزمان؟

قال مالك فى المدونة فى كتاب التدبير: من مات ومدبران فى صحة، أو مرض، أو فى مرض، ثم صح مدبر ومرض مدبر، فذلك سواء يبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، وما بقى رق، فإن دبرهم فى كلمة واحدة فى صحة أو مرض، عتق جميعهم

---

(١) فى أ: التبتل.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) فى ط: التراجم.

إن حملهم الثلث، وإن لم يحملهم لا يُقَدَّم أحد على أحد، بل يفض الثلث على جميعهم بالقيمة، وإن لم يدع غيرهم عتق ثلث كل واحد ولا يقرع بينهم، بخلاف المبتلين فى المرض فى الثلث.

قوله فى الكتاب: «يتحاص المدبر والمبتل»، يريد: إذا كانا فى فور واحد، وإلا بدئ بالأول؛ لأنه تقرر حقه فليس [له](١) إبطاله، ويراعى سبق الزمان فى الزكاة والمبتل، فقوله فى المدونة: تبدأ الزكاة، معناه: إذا كان الجميع فى فور، أو قدم الوصية بالزكاة، وإن تقدم العتق قدم على الزكاة؛ لتقرره فليس له إبطاله فقد حصل النقل فى هذه الثلاثة أنواع: التدبير، والتبيتل، والزكاة معهما فهل تجرى على ذلك كفارة القتل والظهار وسائر الأنواع بطلب النقل فيه؟ أو يفرق بين مورد النقل وغيره بالفروق الفقهية؟

فرع: فى الكتاب: إذا شهدا أن أباهما أعتق هذا العبد، وهو الثلث، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث: إن اتهما فى جر ولائه سقطت شهادتهما وجازت الوصية، وإلا جازت؛ كما إذا كان معهما من الورثة نساء.

قال التونسى: إذا كان معهم من الورثة نساء ووصية لا يتهمان؛ لاختصاصهما بجر الولاء إذا كان العبد يتهم فى مثله، وتبقى تهمتهم على الوصية، فإنها لا يعود عليها منها شىء بخلاف الولاء، ونفذها «محمد» مطلقا؛ لأن للميت العتق فى المرض فيتخصص الذكران بالولاء، وإذا رد ابن القاسم شهادتهما، عتق عليهما؛ لإقرارهما بحريته، وأنهما غصبا الثلث، ولم يجعلهما كما إذا غصب من المال شىء أو ضاع لا يعتق إلا فى الثلث الباقى إن حمله.

وقال أشهب: لا يعتق إلا ثلثاه، وجعل الثلث المأخوذ للوصية كجائحة أتت على المال، قال: وهو الأشبه، ونحو هذا: إقرار أحدهما بمائة وقد ترك مائتين لهما، والمقر لا تجوز شهادته، فعند أشهب: تعطى مائة الدين وما أخذه أخوه كجائحة طرأت على المال.

وعند ابن القاسم: يعطى خمسين لدين ويعد ما أخذ بالحكم كأنه قائم، ويقول: إنما لك عندى خمسون، وخمسون غصبها أخى فخذها منه، فإن كان المقر عدلا،

---

(١) سقط فى أ.

حلف معه صاحب الدين، على مذهب ابن القاسم.

وعلى مذهب أشهب: لا ينبغي أن يحلف؛ لاستحقاقه المائة بالإقرار، فهو غير منتفع بيمينه، بل هو يحلف ليأخذ غيره، وهو نحو قولهم فى الشهادة فى عدم الغريم: يحلف صاحب الدين معه، وهو لو شاء أخذ الحميل لما أنكر المديون، فصار المنتفع الحميل، فإن شهدت بينة بالثلث لزيد، وأخرى بالثلث لعمرو فى موطنين - قسم الثلث بينهما؛ لإمكان كونه[1] وصى به مرتين، أو فى موطن واحد فهو تكاذب يحكم بأعدل البينتين، فإن كان المردود شهادتهما ولدين ليس للمشهود عليهما بالثلث شىء؛ لأنهما يقولان: غصب الثلث الموصى به لك، وليس علينا تعويضك، وإن تكافأتا فى العدالة، سقطتا وصدق الورثة لمن أقروا له عند ابن القاسم القائل: إن البينتين إذا تكافأتا فى شىء ادعاه رجل فى يد ثالث، هو للذى هو فى يديه إن ادعاه لنفسه أو لمن أقر له به منهما، وعند من يقول لا يكون لمن هو فى يديه لاتفاق البينتين على أنه ليس له، وأنه يكون لهما فعلى هذا يتحالفان ويكون لهما؛ لاتفاق البينتين على إخراجه من ملك الميت.

ولو شهد الوارثان بعبد لزيد وصى به الميت هو الثلث، وشهد أجنبيان بوصيته بالثلث لعمرو، وليس الوارثان عدلين، أو يتهمان لمن شهدا له، يخرج الثلث بشهادة الأجنبيين، ودفعا العبد لزيد - عند ابن القاسم - كالعتق سواء، وعند أشهب: ثلثه؛ كما لو ذهب الثلث بجائحة.

فرع: فى الكتاب: يخدم عبدى فلانا سنة ثم هو حر ولم يترك سواه ولم تجز الورثة - بدئ بعتق [ثلث][2] العبد بتلا وسقطت الخدمة، عليه أكثر الرواة.

فإن أوصى بخدمة عبده سنة أو سكنى داره سنة وليس له مال غير ما أوصى فيهما وما لا يخرج منه، خُيِّر الورثة فى الإجازة، أو يقطع ثلث الميت من كل شىء للموصى [له من جميع][3] الوصايا عند عدم الإجازة، وأما إن أوصى برقبة عبد أو دار لا يحملها الثلث، فله محمل الثلث فى تلك الأعيان؛ لتعلق اللفظ بها، فإن أوصَى بخدمته سنة أو حياته ثم هو لفلان، فإن حمله الثلث بدئ بالخدمة؛ لأنه مقتضى اللفظ اتفاقا، فإذ

(١) فى أ: كقوله.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: لأنه مرجع.

انقضت الخدمة أخذه صاحب الرقبة زادت القيمة أم نقصت.

وإن حمل الثلث بعضه خدم ذلك البعض، إن كان نصفه خدم يوما الورثة ويوما للموصى له، حتى ينقضى، فهو لصاحب الرقبة، وللورثة بيع حصتهم قبل السنة.

قال صاحب التنبيهات: قال فضل: ينبغى أن ينظر قيمة الخدمة وقيمة الرقبة بعد مرجعها، فتكون قيمة الخدمة للموصى له بها شائعة، فإن اغترقت الثلث فلا شىء لصاحب مرجع الرقبة؛ لتبدئة هذا عليه، وإن كان فضلا فله فى العبد، وبقيته للورثة.

قال بعض الشيوخ: ويضرب صاحب الخدمة بقدرها وصاحب الرقبة بقيمتها على أنها لا خدمة فيها، وهو معنى قول ابن القاسم.

وقال غيره: إنما يتحاصان بقيمة مرجع الرقبة، وهو مروى عن ابن القاسم.

قال صاحب النكت: إنما أعتق ثلثه بتلا فى المسألة الأولى، إذا لم يجز الورثة ولم يتأخر إلى الأجل؛ لأن غرض السيد أن يعتق جملته إلى الأجل فإذا بطل غرضه، [نفذنا][1] الآن ما كان يقدر عليه فى الوصية.

قال التونسى: مقتضى وصيته، تقديم الخدمة على الوصية، فكيف سقطت؟ وقد قال أشهب يخدم بثلثه الموصى له بالخدمة سنة ثم يعتق ذلك الثلث نظرا للفظ الوصية، على أن ابن القاسم كان يقول: كأن الميت إذا لم يجيزوا، يقول: أنفذوا ثلثى فى الوصايا التى[2] أوصيت بها منجزا، فصار فى الوصايا مال وعتق، فيقدم العتق. فإن قال الورثة: نجيز العتق دون الخدمة، بقى معتقا إلى أجل، وللموصى له خدمة ثلثه فقط؛ لأنه محمل الثلث ولا حجة له، لقدرة الورثة على تعجيل العتق فتسقط الخدمة.

قال ابن يونس: لو أجازو الخدمة دون العتق، عتق ثلثه بتلا، وخدم باقيه بقية الأجل، للعبد يوم، وللمخدوم يومان، فإذا انقضت الخدمة رجع ثلثاه[3] للورثة رقا، فإن قال: يخدم فلانا سنة، ثم هو كذلك بعد سنتين:

قال أشهب: إن حمله الثلث، خدم الأول سنة، ثم الورثة سنتين، ثم أخذه الآخر، فإن كان العبد ثلثى الميت، تحاصا فى الثلث؛ هذا بخدمته سنة، وهذا

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: الثمن.

(٣) فى أ: ثلثا.

بمرجع الرقبة على غررها؛ يشاركان الورثة فيما أصابهما في جميع التركة، هذا إذا لم يجز الورثة.

قال اللخمي: عن مالك إذا أوصى بخدمته سنة ثم هو حر ولم يحمله الثلث ولم يجيزوا ينظر إلى ما حمله الثلث يخدم فلانا سنة ثم يعتق الجزء بعد إنقضائها، وهو خلاف المشهور، كما تقدم، ولم يختلف إذا جعل المرجع بعد الخدمة لفلان لا يبدأ أحدهما على الآخر، لهما منه ما حمله الثلث، يخدم الموصى له بالخدمة ذلك الجزء [فإذا انقضت][1] عاد لمن له المرجع؛ لأنه قصد قسمة ذلك بينهما.

قال: قال: يخدم فلانا سنة، ولم يحمله الثلث، ولم يجيزوه، قطع للموصى له بالثلث شائعا.

وإن قال: له خدمته حياة العبد، قطع له في عين العبد بخلاف الأول؛ لأنه ههنا أخرج العبد جملة عن الورثة، فأشبه الوصية برقبته، وبما عاوضهم على نصيبه بما أخذه من خدمة العبد على أن أعطاهم ما له فيه من المرجع.

وكذلك إذا قال يخدم ورثتي سنة، ثم هو لفلان فيه معاوضة من الثلث، فإن لم يجيزوا قطع له بالثلث، وإن قال: يخدم فلانا سنة ثم ورثتي سنة ثم مرجعه لفلان ولم يحمله الثلث، قطع للموصى لهما بالثلث شائعا؛ لهذا بقيمة خدمته سنة، وللآخر بقيمة المرجع بعد سنتين.

وإن قال: يخدم فلانا عشر سنين، ثم هو لفلان، وجعل آخر لفلان، تحاصا، فما صار لهما بالخدمة والمرجع بقيمة ذلك العبد يبدأ الآن؛ لأنه أخرج جميعه لهما فما نال المخدم خدم الموصى له مما حمل الثلث منه، ومرجع ذلك القدر لمن جعل له، وما ناب الآخر أخذه في عين ذلك العبد.

فرع: في الكتاب: ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، أوصى بأحدهم لرجل يخدمه الآخر لآخر حياته، فإن لم يجيزوا أسلموا الثلث، يضرب فيه صاحب الرقبة بقيمتها، وصاحب الخدمة بقيمتها على غررها على أقل العمرين - عمر العبد والمخدم -، فإن مات قبل الأجل، بطل حقه، وما صار لصاحب الرقبة أخذه فيها، أو لصاحب الخدمة شارك به في سائر التركة بتلا، وكذلك إن وصى مع ذلك الآخر في الثلث؛

---

(١) سقط في أ.

يتحاصون بالثلث كما تقدم.

قال ابن يونس: قال محمد: ويخير الورثة فى حصة صاحب الخدمة بين مشاركته، وبين إسلام العبد بخدمة الأجل، وإن أوصى بالثلث مع ذلك، وكان الثلث ثلاثين ولم يجيزوا، والعبد الموصى به قيمته ثلاثون، وقيمة الخدمة خمسة عشر - فالثلث بينهم على خمسة: لصاحب العبد جزءان، ولصاحب الثلث جزءان، ولصاحب الخدمة جزء.

ولو وصى لرجل بثلث كل عبد منهم بتلا، ولآخر بثلث [واحد بعينه][(١)] بتلا فلكل واحد ثلاثة، إن كانوا ثلاثة أرباع وصيته، فيصير للموصى له بثلث كل عبد ربع كل عبد، وللموصى له بثلث العبد ربع ذلك العبد، ويبقى نصفه للورثة مع ثلاثة أرباع الآخرين.

فرع: فى الكتاب: أوصى لرجل بمائة دينار، ولآخر بخدمة عبده حياته، ثم هو حر، وقيمة العبد الثلث:

تقوم خدمة العبد إلى أقصرهما عمرا - العبد، أو الموصى له - ويحاص بتلك القيمة هو وصاحب المائة فى خدمة العبد، فإن هلك الموصى له بالخدمة عتق العبد، وإن لم يحمل العبد الثلث ولم يجز الورثة، عتق منه مبلغ الثلث، وسقطت الوصايا، الخدمة وغيرها.

قال ابن يونس: فإن كان[(٢)] أقل من الثلث، قدم العتق إلى أجل، ثم تحاص الخدمة بقيمتها، وأهل الوصايا فى بقية الثلث وفى الخدمة، فيأخذ أهل الوصايا ما صار لهم فى التركة وفى الخدمة، ويأخذ أهل الخدمة ما صار لهم فى الخدمة، وإن كانت الوصايا فى شىء بعينه، أخذوا فيه[(٣)] ما نابهم.

قال ابن القاسم: يضرب المخدم بقيمة الخدمة فى الخدمة، وفى بقية الثلث، ولا يجمع له حقه فى أصل الخدمة.

قال أصبغ: إن كان العبد مع عشرة دنانير هو الثلث، أخذ العشر الموصى له بالمائة، وأخذ صاحب الخدمة عشرة، فإن كان كانت قيمة الخدمة عشرة دنانير، فقد

---

(١) فى أ: عينه.
(٢) زاد فى أ: العبد.
(٣) فى أ: فيها.

صار عشرها للمخدم ويتحاصان فى تسعة أعشارها على أحد عشر جزءا: عشرة أجزاء لصاحب المائة، وجزء لصاحب الخدمة.

ولو كان باقى الثلث خمسين، أخذها صاحب المائة[١] فى نصف وصيته، وأخذ صاحب الخدمة نصفها.

ثم يتحاصان فى نصفها فما بقى لهما، فإن كانت قيمة الخدمة كلها خمسين، تحاصا فى نصفها على الثلث والثلثين، وتقوم الخدمة على غررها باعتبار أقصر العمرين، فإن انكشف الغيب على خلاف ذلك التعمير.

قال أشهب: يوقف للحصاص مرة أخرى؛ ليتبين الخطأ.

وخالفه ابن القاسم؛ لأنه حكم مضى مع توقع هذه الحالة.

قال اللخمى: إن مات العبد وخلف مائة دينار، أخذها الموصى له بالعين[٢]، ورجع المخدم على صاحبه بقيمة ما أخذ من الخدمة، وإن خلف العبد خمسين، أخذها الموصى له بالمائة وهى نصف وصيته، ويكون للمخدم نصف الخدمة؛ باعتبار نصف ما بقى من الأجل، ويرجع على صاحبه بقيمة ما أخذ من الخدمة.

وإن خلف العبد خمسين أخذها الموصى له بالعين، وهى نصف وصيته، ويكون للمخدم باعتبار نصف ما بقى من الأجل، ويرجع على صاحبه بنصف الأجل الآخر، يتحاصان فيه، هذا على القول بنقض الحكم.

فرع: قال فى الكتاب لفلان مائة دينار، ولفلان خدمة عبدى هذا حياته ثم هو لفلان، وضاق الثلث، ولم يجيزوا - يضرب فى الثلث صاحب المائة بمائة، ولا يضرب معه صاحب الرقبة [وصاحب الخدمة][٣] إلا ببقية الرقبة، فما صار لهما أخذاه فى العبد، وما صار لهما فى العبد يبدأ فيه المخدم فى الخدمة، فإن مات المخدم رجع ما كان من العبد والخدمة لصاحب الرقبة، وما صار لصاحب المائة شارك به جميع الورثة فى جميع التركة، ولا يعمر المخدم فى هذه المسألة بخلاف التى قبلها.

وإن قال: يخدم فلانًا ولم يقل: حياته، ولا أجلا، ورقبته لفلان، ولم يقل: بعده -

---

(١) فى ط: المال.
(٢) فى أ: بالعيب.
(٣) سقط فى ط.

قومت الرقبة وقومت الخدمة على غررها حياة الذى أخدم، وتحاصا فى رقبة العبد بقدر ذلك.

وقال أشهب: بل هى وصية واحدة، والخدمة حياة فلان، ثم يرجع لصاحب الرقبة.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: قول أشهب أحسن؛ لأنك إن حملته على حياة العبد، فهى رقبة أوصى بها لرجلين فهى بينهما، ولا معنى لحصاص [المخدم بقية الخدمة وإنما يحاص لقيمة الرقبة أو حياة المخدم قدم على صاحب](١) الرقبة.

قال محمد: وهذا أصل مالك.

قال التونسى: كأن ابن القاسم يريد: أن الخدمة تقوم حياة [العبد](٢) وتقوم رقبة العبد.

قال اللخمى: إذا لم يوقت(٣) الخدمة، حملت على حياة المخدم إذا قال: يخدم عبدى فلانا، وإن قال خدمة عبدى، اختلف فيه:

حمله ابن القاسم على حياة العبد.

وأشهب: على حياة المخدم، ولو أراد حياة العبد [لأعطاه العبد](٤) بتلا.

والأول أحسن، ويصح إعطاء الخدمة دون الرقبة ليبقى ميراثه وجنايته له.

فرع: فى الكتاب: إذا مات المخدم أجلا مسمى قبل الأجل، خدم الورثة بقيته، إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة بل من عبيد الخدمة؛ لأن من مات عن حق مالى، أو متعلق بالمال فلورثته؛ قياسا على المال، ولو وهب خدمة عبده لفلان فمات فلان، فلورثته خدمة العبد ما بقى، إلا أن يفهم أنه أراد حياة المخدم.

وقال أشهب: يحمل على حياة فلان، ولو أراد حياة العبد كان هبة للرقبة.

قال ابن يونس: وقول مالك أبين؛ لأنه يهب الخدمة ويترك الرقبة ليأخذ ميراثها وجنايتهما أو يريد انتفاع المخدم بالعبد ولا يبيعه، ولو وهبه لباعه، ولو قال: يخدم عبدى فلانا - ولم يوقت - ثم مات، اتفق الأصحاب أنه حياة المخدم، وفرقوا بين

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: يوقف.
(٤) سقط فى أ.

المصدر والفعل المضارع. ولو أوصى لرجل بخدمة عبده حياته، وأوصى بوصايا لغيره ولم يترك غير العبد، [وأجاز الورثة الخدمة][(١)] - بيع ثلث العبد، ويحاص فى ثمنه أهل الوصايا وصاحب الخدمة بالتعمير بثلث [الخدمة][(٢)]، فما صار له أخذه بتلا، ويستخدم ثلثى العبد حياته ثم يرجع إلى الورثة، قاله محمد.

فرع: فى الكتاب: وصى بخدمة عبده لرجل حياته، وما بقى من الثلث لفلان، والعبد الثلث - بدئ بالخدمة، والرقبة بعد انقضاء الخدمة للآخر، زادت قيمته الآن أو نقصت.

وكذلك: دارى حبس على فلان حياته وما بقى من ثلثى لفلان، والدار الثلث.

قال ابن يونس: لو مات العبد قبل التقويم لأحيى بالذكر وأضيفت قيمته إلى ما بقى، فإن كان الثلث فلا شىء للموصى له فى بقية الثلث، ولو وصى مع ذلك بوصايا أخرجت من بقية ما بقى ثم أحس الميت بالذكر وحسب مع الوصايا.

فإن بقيت بقية من الثلث بعد ذلك، أنفذت للموصى له بالبقية، وإلا فلا شىء له.

قال محمد: إذا كان العبد فى المسألة الأولى أقل من الثلث يوم الحكم، كان للموصى له بقية ما فضل عن الثلث من قيمة العبد، ومرجع العبد - أيضا - متى رجع إن كان باقيا، أو لورثته، وإن كان يوم الحكم أكثر خير الورثة بين إجازة العبد كله للمخدم يخدمه حياته على أنه إذا رجع بما حمله من الثلث اليوم لا يوم يرجع، أو يقطعه للمخدم بثلث مال الميت بتلا من جملة التركة، وتسقط الوصية بباقى الثلث.

ولو أوصى أن يكاتب عبده بستين دينارا وبباقى ثلثه لفلان، والعبد الثلث فأقل، ورضى العبد بالكتابة قيل: الكتابة لصاحب بقية الثلث. وإن بقى بعد قيمة العبد من الثلث شىء هو له تبع للكتابة؛ لأن العبد إذا كان الثلث فقد استوفى الميت ثلثه والورثة الثلثين فلا شىء لهم من الكتابة، ولا حجة لهم أن الميت أخرج أكثر من الثلث [الميت][(٣)]؛ لأن الكتابة علة ذلك الثلث فهى كنفسه؛ لأن المريض إذا كاتب بألف وقيمة الرقبة مائة وهى الثلث، وأوصى بالكتابة لرجل، نفذت الكتابة والوصية،

(١) فى أ: وأجازه الخدمة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.

وقيل: يجعل قيمة الكتابة فى الثلث، ولو كانت أكثر من قيمة الرقبة، فإذا حملها بعد إسقاط قيمة الرقبة من مال الميت، جازت الوصية والكتابة بالستين وإن كان ذلك كله أكثر من الثلث.

قال مالك: إذا أوصى بوصايا وببقية ثلثة لواحد، وأقام أياما فأوصى بعتق رقيق له، وبوصايا لقوم آخرين، ولم يقيد من الأولى شيئا - يبدأ بالعتق، ووصايا الأولين والآخرين سواء.

فإن ضاق تحاصوا؛ لأن العتق مقدم على الوصايا لشرفه؛ وللحديث.

[والوصايا كلها سواء، لا يكون للموصى له ببقية الثلث شىء إلا بعد العتق][1] والوصايا الأول.

قال ابن القاسم: فإن مات أحد العبيد أو استحق وأخذت له [قيمة][2] ورد أحد من له الوصايا وصيته، ولا يأخذ من أوصى له ببقية الثلث من ذلك شيئًا، ويدخل فى الثلث قيمة الميت والمستحق والوصية المردودة، وهو كله للورثة.

ولو أوصى لرجل بعشرة، ولآخر بعبده أو بعتق، ولآخر ببقية الثلث، فمات العبد قبل النظر فى الثلث: فإن كان الثلث بالعبد قدر العبد والعشرة، فلا شىء لصاحب بقية الثلث، وإن كان الثلث قدر العبد فقط، زال صاحب بقية الثلث، وأخذ صاحب العشرة من ثلث ما بقى بعد العبد؛ لأن الهالك من التركة كما لم يكن.

ولو أوصى بعتق عبده، ولرجل ببقية الثلث، فمات العبد قبل النظر فى الثلث.

قال ابن القاسم: يقوّم وتضم قيمته إلى باقى المال، ثم ينظر ثلث ذلك، فيطرح منه قيمة العبد، فما بقى فللموصى له ببقية الثلث.

ولو أوصى مع ذلك بعشرة لرجل، حملت قيمة العبد على بقية المال، وأزيل من الجميع قيمة العبد ثم العشرة، فما بقى فلصاحب بقية الثلث، فإن لم يكن فيه بعد العبد عشرة، نظر إلى ثلث المال من غير العبد فأعطى لصاحب العشرة عشرة، والباقى للورثة.

وقال عبد الملك: موت العبد فى الوصايا من رأس المال، وفى الذى[3] له باقى

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: الدين.

الثلث من الثلث.

قال ابن يونس: والمعتمد: أن العبد إذا مات كأنه لم يوص فيه، وبقى من وصاياه لفلان كذا ولفلان كذا، فللموصى له ببقية الثلث ما بقى من الثلث بعد العبد.

ولو أوصى لرجل بمال ولآخر ببقية الثلث، فمات الموصى له بالتسمية قبل موت الموصى ولم يعلم:

قال مالك: إنما لصاحب بقية الثلث مما يبقى بعد إخراج التسمية من الثلث، ثم تقوم التسمية ميراثا، فإن أوصى بعتق أمة وبعشرة لفلان وخمسة لفلان وبقية الثلث لفلان، ثم صح فأعتق الأمة، ومات الموصى لهم، ثم مات هو - فلصاحب بقية الثلث الباقى بعد قيمة الأمة والخمسة عشر.

قال مالك: ولو قال: اكتبوا باقى ثلثى الثلث لفلان، فإنى أريد أن أوصى غدا، فمات قبل الوصية - لا شىء لفلان؛ لأنه لا يدرى لو أوصى، هل يبقى له شىء أم لا؟

وقال أشهب: له الثلث كله؛ لعدم المزاحم.

قال ابن القاسم: إذا أوصى لرجل بعشرة دنانير، وقال: أريد أن أوصى غدا فاشهدوا أن ما بقى لزيد، فمات قبل الوصية، لا شىء لزيد.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها، أسلمت إليه السكنى [أو][1] يقطع له بثلثها؛ لأنها ثلث ماله، وإن أوصى أن تؤاجر أرضه منه سنين مسماة بأجرة معلومة، وقيمة الأرض أكثر من الثلث، إما أن يجيزوا أو يعجلوا له ثلث الميت بغير ثمن.

قال صاحب التنبيهات: معنى كراء الأرض: أنه حابى، ولو لم يحاب[2] لزم الورثة؛ كبيعه، إلا أن يقول: أكروها ولم يسم أجرة، فهى وصية.

قال ابن يونس: إذا لم يسم، والثلث له بحطيطة ثلث الكراء، فلم يقبل، فلهم موافقته أو يعطوه ثلث الأرض يزرعها بغير كراء، ولو لم يحملها الثلث وأبوا أن يحطوا ثلث الكراء وأن يكروها منه، فعليهم ثلث الميت من جملة التركة، قاله بعض الشيوخ؛ لأن الثلث مرجع الوصايا وهو أقل أحوالها مع المشاحة.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: يجب.

فرع: في الكتاب: له مال حاضر ومال غائب ولا تخرج الوصايا من الحاضر، خُيِّر الورثة بين إخراجها منه، أو إسلام ثلثه وثلث الغائب؛ لأنه ثلث ماله، وإن كان له مائة عين ومائة دين فأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الدين، اختصا بما عين لهما(١) من غير حصاص(٢).

أو: لهذا بخمسين من العين ولآخر بأربعين من الدين ولم يجيزوا، سلموا ثلث العين والدين لهما، وتحاصا بقيمة العين مع الدين.

وإن أوصى بدين لا يحمله الثلث وله عين حاضرة، فإما أن يجيزوا أو يعطوه ثلث الدين والعين، وكذلك: إن أوصى من العين بأكثر من ثلثها وله عقار وعروض كثيرة، ولم يخرج عن هذا الأصل إلا إذا أوصى بعبد بعينه أو دابة وضاق الثلث ولم يجيزوا:

فقال مرة: يعطوه(٣) الثلث من كل شيء.

وقال مرة: يقطع الثلث من جميع التركة في ذلك الشيء بعينه.

قال ابن القاسم: وهو أحب إلي.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: أوصى باثني عشر دينارا لمن هي عليه وهو معسر، ولآخر باثني عشر ولم يترك غيرها حاضرة، ولم يجيزوا - قوم الدين - مثلا - بأربعة وتحاصا في ثلث الحاضرة: هذا بأربعة وهذا باثني عشر، فيحصل للأول دينار و [يحصل](٤) لهذا ثلاثة؛ لأنها نسبة وصيتهما، ويوقف ديناره، ويطرح عنه مثله من الدين، ثم يرجع إلى ثلث الاثني عشر الدين فيضرب فيها: هذا باثني عشر، وهذا بأربعة؛ كما عمل في العين فيطرح عنه دينار آخر فتبقى عشرة ثم يتحاصص الورثة والموصى له بالعين - يتحاصون في الدينار الموقوف فما ناب كل واحد من الاثني عشر الدين، بقدر مواريثهم، وبالثلاثة التي صارت له بالعين، ولا يضرب الموصى له بالدين؛ لأنه ضرب فيه مرة، ثم [ما](٥) اقتضى

(١) في أ: بمن عين له.
(٢) في ط: خصاص.
(٣) في ط: أعطوه.
(٤) سقط في ط.
(٥) سقط في ط.

من العشرة الباقية فعلوا فيه ذلك، ولا يدخل صاحب الدين معهم فى شىء من ذلك.

ولو كان له مائة على معدم ومائة على ملىء ومائة عين وأوصى لكلا الغريمين بما على صاحبه، ولم يجيزوا، تحاصا فى ثلث المائة الحاضرة، وثلث المائتين الدين، فينظر إلى قيمة المائة التى على الملىء إن كانت مؤجلة، فقيل: ستين، وقيمة المائة التى على المعدم، فقيل: ثلاثين، فللمعدم الثلث وللملىء ثلث الثلث من عين وغيره فيصير للمعدم على الملىء اثنان وعشرون وتسعان، وللملىء على المعسر ثلث ثلاثة عشر أحد عشر وتسع، ولا يحاصه بها؛ لأن عليه دينا للورثة، فيؤخذ من الموسر ما كان للمعسر فيضم إلى ما للمعسر بالحصاص من المائة الناضة، وذلك اثنان وعشرون وتسعان، فالجميع أربعة وأربعون وأربعة أتساع، فيتحاصص فى ذلك الورثة والموسر بقدر ما لكل واحد عند المعسر، والذى للموسر على المعسر أحد عشر وتسع وللورثة تسعة وستون وثلثان - ثلثا المائة التى عليه - فيقتسمون ذلك على سبعة أجزاء: للورثة ستة أجزاء وللملىء جزء، فيقع للورثة من ذلك ثمانية وثلاثة أسباع وتسع، وللملىء ستة وثلاثة أسباع وتسع سبع، يسقط عن المعدم جميع ما أوصى له به، وذلك سبعا كل مائة وهو ستة وستون وثلثان، ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث، فما اقتضى بعد ذلك من شىء قسمه الورثة [والملىء فى][1] ستة أجزاء.

قال ابن القاسم: لو كانت مائة الملىء حالة ضرب المعسر فى الحصاص بعددها ويؤخذ من الملىء ويضم إلى المائة الأخرى، ويكون كمن ترك مائتين عينا ومائة على معدم وأوصى بمائة الدين لرجل، وبمائة العين على ما مضى، فيعمل على ما تقدم، وهو الموافق للمدونة.

قال: إذا كانت له مائة على ملئ ومائة على معدم، فأوصى لكل واحد بما على صاحبه، إن حمل ذلك الثلث، فلكل واحد مائته التى أوصى له بها بعينها، وإن لم يكن غيرها واستوت وصيته من كل مائة بالعدد والجزء وهو أكثر من الثلث، لقطع لكل واحد منهما بثلث مائته التى أوصى له بها، ولا يشتركان فى كل مائة ولا

(١) فى ط: على.

حصاص بينهما، وإنما يشتركان أن لو كان للميت شيء آخر سوى مائتى الدين ولا تحمل وصيته الثلث.

قال محمد: قول مالك، وابن القاسم: لا يقوم الدين الموصى له به بل يحسب عدده فإن خرج من الثلث، وإلا لم يكن بد من قطع الثلث من كل شيء، إلا أن يجيزوا، وإنما استحسن إذا قوم خرج من الثلث فيقوَّم بالنقد، ويكون لكل واحد مائته بعينها، وإن لم يخرج لهم[1] أقومه.

ومذهب ابن وهب والمغيرة: يقوم الدين على كل حال فإن خرج، وإلا فالمحاصة على القيم، وسويا فى الوصية بالدين لهما أو لغيرهما.

قال محمد: وأراه مفترقًا[2]، إن أوصى به لغير من هو عليه، قوم وإن لم يكن معه وصية؛ لأن الدين كالعرض أو لمن هو عليه وهو حال ولا وصية معه لا يقوم بل يحسب عدده فى الثلث؛ لأنه كالحاضر؛ لأنه يتعجل لنفسه. فإن كان معه وصية لغيره وهو على عديم فلابد من التقويم؛ لأنه كالأجل، وكذلك المؤجل يقوم فإن خرج من الثلث وإلا خلع الثلث من كل شيء إذا لم يجيزوا، فإن أوصى بدينه عشرين لمن هو عليه، وناضه ثلاثون، أسقط عن الغريم ستة عشر وثلثان ثلث الجميع، فإن كان لم يحل قوِّم؛ لأنه كالعرض فإن خرج من الثلث، نفذت الوصية، وإلا خير الورثة بين إنفاذها أو القطع بثلث الميت، فيأخذ ثلث الحاضر معجلا، ويسقط ثلث الدين عنه.

فإن وصى معه لغيره بثلث ماله والثلث حال على موسر، أخذ منه بغير تقويم، أو معسر، فهو كالمؤجل، فلا بد من التقويم بالعرض، أو بالطعام نقدا، ثم يقوم ذلك بالعين فقط إن كانت قيمة ذلك خمسة عشر، وقيمة الدين الموصى بتركه خمسة عشر، فالثلث بينهما نصفان، فيترك للمديون نصف ما عليه، ويشارك صاحب الثلث الورثة فى جملة مال الميت، فما بقى على المديون وغيره على خمسة أجزاء فللموصى له جزء إذا لم يحل الدين ولم يجيزوا قطعوا لهما بثلث الدين والعين، فما صار للمديون سلم إليه، فإذا حل ما عليه اتبعه الورثة والموصى له بثلث ما بقى لهم

(١) فى أ: له.
(٢) فى أ: مفترقان.
(٣) فى أ: لهم.

عليه، وذلك ستة عشر وثلثان فقسموها على خمسة أجزاء [للموصى له][(١)] سهم.

ولو كان له عشرة على موسر، وعشرة على معسر، وعشرة ناضة، فأوصى بما على الموسر لرجل، وبما على الآخر لآخر فلو لم يكن له غير العشرين، لكان لكل واحد ثلث عشرته؛ لاستواء وصيته من كل عشرة.

أما إذا كان له سواهما مما يخرج العشرتين من الثلث ولم يجيزوا فلا بد من قطع ثلث العشرات لهما يقتسمانه على قدر قيمة عشرة كل واحد منهما ويبقى للورثة ثلثا كل عشرة؛ وكذلك إن كانت العشرتان مؤجلتين يقتسمان ثلث الناضة على القيم، وكلما حلت عشرة أخذ الورثة ثلثها وقسما ثلثيها على ما تقدم.

فإن كانت له مائة دينار وأوصى بعشرة فقبض منها عشرة - فلا يخير الورثة في دفعها ولا قطع ثلث الميت؛ لأن الميت قد علم أن جميع ماله دين فقد أشركه في المائة بعشرة، ولم يقل: من أولها ولا من آخره، ولو وجد من الميت شيء يدل على قيمة فيه، وقع التخيير، ولو قبض الميت منها خمسة عشر قبل الموت وكان عنده خمسة من غيرها، خير الورثة بين دفع الخمسة - ويكون شريكا فيما بقي بخمسة - وبين القطع له بالثلث بتلا.

قال اللخمي: إذا كانت التركة صنفا عبيدًا أو غيرها فوصى[(٢)] بشيء بعينه هو الثلث فأقل - ليس للورثةإعطاء الثلث شائعا، وكذلك إذا أراد أخذ أحد الصنفين وهما في نجاز البيع سواء، لا يقولوا: نأخذ ثلث كل صنف لعدم الضرر عليه.

وكذلك إذا كانت عينا فوصّى بالدراهم دون الدنانير أو بالعين وهو الثلث في القيمة، أو دنانير مختلفة السكة، وله ترك فضل السكة لمكان الجودة، وليس ذلك ربًا بينه وبين الورثة؛ لأن الوصية باب معروف كالقبض.

ولو ترك عينا ودينا دنانير أو دراهم فأوصى بالدين - جاز، إن حمل الثلث عدده، فإن كان العدد أكثر من الثلث وقيمته الثلث فأقل، فقيل: يجوز؛ لأن الدين كعرض، ولو وصّى[(٣)] بعرض وله عين جاز إذا حمل الثلث قيمته، وقيل: يجعل في الثلث العدد.

---

(١) في أ: فرضى.
(٢) في أ: وإن رضى.

قال مالك: لا يوصى بالعين ويترك لهم الدين.

قال: وأرى إذا كان الدين حالا على موسر حاضر غير ملد، أو هو مؤجل لا يتعذر بيعه، وقيمته إن بيع الثلثان فأكثر - أن تجوز الوصية وإن كره الورثة؛ كما لو أوصى بالعين وترك لهم الدين، ولو ترك دورا وغيرها، فله جعل ثلثه فى أيها أحب، وإن لم يرض الورثة إلا أن يترك لهم مايتأخر بيعه بالأمد البين وغرضهم البيع دون الاقتناء.

فإن زاد على الثلث فى وصيته بحيث يجوز له كما تقدم، صح فى الصنف الذى جعله فيه، ومقالهم فى الزائد فإن كان فى التركة ربا نحو: مائة شعيرًا ومائة قمحا، فرضى بالشعير وهو الثلث، صح، وللورثة القمح، وإن أوصى بالثلث فأقل فيما يضر بالورثة فيوصى بالحاضر ويترك لهم الغائب، خيروا بين الإجازة وبين إعطائه ثلث الحاضر وثلث الغائب، فإن ترك عينا، وعقار، وعبيدا فأوصى بالعين، منعه مالك، وجوزه أشهب.

وقال عبد الملك: إن كان البيع للعقار يبطئ، خيروا بين الإجازة، ودفع ثلث الجميع.

وإن أوصى لهذا بعبد ولهذا بدار، وضاق الثلث، تحاصوا فيه بالقيم، وإن كان وصى بجزء نحو: السدس أو بشىء بعينه، فثلاث روايات فى الكتاب:

يتحاصان فى الثلث.

وروى: يبدأ بالجزء؛ لأن الثلث حق له وهو الحرية والإعتاق للورثة؛ ولأنها محتملة للزيادة بخلاف التسمية.

وروى: التسمية؛ لقوتها بالتعيين، ومنعها من النقصان، بخلاف التجزئة.

فلو أوصى بسدس، ولآخر بدار وهى ثلثه، بدئ بالسدس، وخيروا بين إجازة الدار أو يعطوا له منها تمام الثلث، وإذا أوصى بثلثه لرجل وبعبده لآخر، فقد وصى[1] بثلث العبد مرتين فيكون الثلث بينهما نصفين، فإن أوصى بثلث ماله ولآخر بنصفه، فأجازوا النصف دون الثلث.

قيل: يقتسمان الثلث على خمسة: للنصف ثلاثة، ويتم له الورثة من مال الميت النصف فإن أجازوا النصف ولم يعلموا بالموصى له بالثلث، فلصاحب النصف ثلث

(١) فى ط: رضى.

المال بإجازة الورثة ثم يضرب هو والموصى له بالثلث فى الثلث: النصف بثلاثة، والثلث بسهمين، فيصير له خمسا الثلث.

وفى الجواهر: أوصى بعتق عبد وله مال حاضر ومال غائب ولا يخرج من ثلث الحاضر:

فرواية أشهب: يوقف؛ لاجتماع المال.

وقال ابن القاسم: وهذا إذا كان يقبض إلى أشهر يسيرة أو[1] عرض يباع، وإلا عجل العتق فى ثلث الحاضر[2] ثم إذا قبض ما بقى أتم فيه.

وعن أشهب: يتعجل منه ثلث الحاضر، حتى لو لم يحضر غيره عتق ثلثه؛ تنفيذا للوصية بحسب الإمكان، وكلما حصل زيد فيه ثلثه حتى يتم أو يؤيس [منه][3].

وقال سحنون: إنما يجعل فيما حضر إذا أضر ذلك بالموصى والموصى له بطول ذلك.

فرع: فى الكتاب: أوصى بعتق عبده ولا يخرج من ثلث الحاضر، وله مال غائب يخرج منه، يوقف العبد.

فإذا اجتمع المال، قوم حينئذ، وليس له أن يقول: أعتقوا منى ثلث الحاضر الآن؛ لأن تنفيذ الوصية فرع التقويم فى الثلث إلا أن يضر ذلك به وبالورثة بطول الجميع.

قال صاحب التنبيهات: إذا طال نحو الشهر والسنة، أنفذ الثلث.

قال أشهب: يعتق منه ثلث الحاضر، ثم إذا اقتضى شيء عتق بقدر ثلثه، وهو تفسير قول ابن القاسم: «إذا طال».

قال ابن يونس: ولو كان مع ذلك وصايا، خير الورثة فى إنفاذ الوصايا، أو القطع بثلث الحاضر والغائب، وبدئ بالعتق فى الحاضر، والباقى [لأهل][4] الوصايا.

وإن أوصى بعتق وجميع ماله عروض حاضرة أو دور حاضرة أو غائبة، والرقيق يخرج من ثلث ذلك لو بيع، لعجل عتقهم؛ قال مالك: وليس للورثة تأخير العتق

---

(١) فى ط: أى.
(٢) فى ط: الحاصل.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

للبيع.

فرع: قال ابن يونس: تركت زوجها وابنها ومدبرة موصى بعتقها، قيمتها مائة، ولها على زوجها مائة، وهو عديم - فالمال بينهم على ستة أسهم: سهمان للأمة، وربع الباقى للزوج، وثلاثة للابن، فإذا سقط سهم الزوج؛ لأن عنده أكثر من حقه، تبقى خمسة يقسم عليها ما حضر، وهو: قيمة الأمة: للابن ثلاثة، وللأمة سهمان؛ فيعتق خمسا الأمة، وسقط عن الزوج مما عليه ما يخصه، وهو ثلث الأمة؛ لأن له سدس جميع التركة، فيسقط ذلك مما عليه ويبقى ما زاد على ميراثه وهو ثلثا المائة التى عليه، وكلما قبض من الزوج من ثلثى المائة الباقى[1] عنده، فللابن منه ثلاثة أخماس، [و][2] خمس يعتق فيه من بقية الأمة حتى يكمل عتق ثلثيها، وتكمل للابن [المائة فهى التى له][3] من التركة ويبقى للزوج [ثلث المائة][4] وهو حقه.

قال أصبغ: فإن تركت مع ذلك مائة، عتق أربعة أخماس الأمة؛ لأن الفريضة من ستة: سهمان للأمة، وثلاثة للابن، وسهم للزوج. يسقط، ويقسم ما حضر، وهو مائتان، بين الأمة والابن على خمسة: للأمة خمسا المائتين تعتق فيهما[5] أربعة أخماسها، وللابن المائة الباقية، وعشرون فى الأمة، ويسقط عن الزوج مما عليه مقدار إرثه من المائتين - وهو ثلث المائتين - ثم ما قبض من الزوج عتق من المدبرة ما يخص خمسه، وقبض الابن أخماسه، فإذا تم عتق الأمة بقى للزوج خمسون مما عليه وهو حقه، وحصل للولد خمسون ومائة، وهو حقه.

قال محمد: فإن لم يترك غير المدبرة وقيمتها مائة وعلى الزوج أربعمائة، عجل عتق خمسى المدبرة، ولو كانت الأربعمائة على الابن عجل عتق ثلث المدبرة؛ لأن ما حضر من التركة بين الزوج والمدبرة: سهمان لهما وسهم له، ولو ورثها ابنان وزوج وعلى أحد الابنين دين قل أو كثر، عجل من عتق الأمة أربعة أتساعها؛ لأن الفريضة من اثنى عشر: للأمة الثلث، وربع الباقى للزوج، ولكل ابن ثلاثة، يسقط

---

(١) فى أ: الباقين.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: مائة.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: فيها.

سهم الابن المديان. تبقى تسعة، أربعة منها للأمة.

ولو كان الدين على الزوج عجل، عتق خمسها، ولو تركت ابنا عليه مائة وزوجها عتق ثلثا الأمة، ويبقى ثلثها للزوج، وقد أخذ الابن حقه.

ولو كان على الزوج للأجنبى دين مثل ما للزوجة عليه، فمصابه من الأمة، وهو السدس: نصفه فى دين الأجنبى ونصفه بين الأمة والابن؛ على ما تقدم.

وعن ابن القاسم: إذا تركت مدبرة قيمتها مائة وخمسون، ولها على الزوج مثلها وتركت زوجها وأخاها يعجل عتق نصف الأمة؛ لأن لها ثلث نفسها وثلث للزوج وثلث للأخ، يؤخذ ثلث الزوج فيما عليه من الدين، فيكون بين الأخ والأمة نصفين ويبقى على الزوج فاضلًا عن حقه خمسون بين الأخ والمدبرة نصفين.

ولو كان الزوج بعيد الغيبة لا يعلم حاله لم يبع مما عليه شىء، إلا أن يكون قريبا يعرف ملاؤه من عدمه، وإذا لم يبع مما عليه شىء ولا أيسر [حتى][1] حالت قيمة المدبرة بزيادة أو نقص ثم أيسر لم تؤتنف فيها قيمة عن القيمة المتقدمة؛ لأنه حكم نفذه.

ولو ماتت الأمة قبل ذلك وقد تركت المرأة مما على الزوج، للابن كله، ولو استوفى من الزوج وقد زادت قيمة الأمة، لم ينظر إلى ذلك، ولم يعتق غير ما عتق، ولو قبض من الزوج بعد ما نقصت فليعتق منها تمام الثلثين زادت قيمتها أو نقصت، ولو يئس مما على[2] الزوج فباع الابن ثلاثة أخماسها ثم أيسر الزوج نقض من ذلك البيع تمام ثلثيها[3] فعتق، زادت قيمتها أو نقصت، ويرد الابن على المشترى حصة ذلك، ولا يمنع الابن أو الأخ من بيع ما بيده منها وإن لم يؤيس من الزوج بعدم أو موت، ولكن إن شاء البيع، بدئ بيع ما للمدبرة على الزوج، يتعجل منه عتقها، ويأخذ الابن ثمنه، ثم يطلق يده على جميع ما بقى له فيها إلا أن يؤيس الزوج بعدم أو موت فالابن يعجل بيع جميع ما بيده منها، وإن طرأ للزوج مال، نقض من ذلك البيع ما يتم به عتق ثلثيها، ولو لم يكن [عتق][4] وكانت وصية[5] بمال لرجل أو

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: عليه.

(٣) فى ط: ثلثه.

(٤) سقط فى ط.

(٥) فى ط: وصيته.

صدقة [وعلى الوارث][(١)] دين، فالجواب مثل ما تقدم فى العتق، ويحاص ذو الوصية الوارث الذى لا دين عليه فيما حص سواء كانت الوصية دنانير بعينها أو بغير عينها، عند مالك، وأصحابه، إلا أصبغ.

فرع: فى الكتاب: إذا رد ما أوصى له به، رجع ميراثا، ويحاص به أرباب الوصايا؛ لأنه إنما أوصى لهم بوصف مزاحمته.

قال صاحب النكت: يريد رد الوصية بعد موت الموصى، ولو رد قبل موته، لكان كموته قبل موت الموصى، ففيه ثلاثة أقوال:

قال ابن يونس: موته قبل موت الموصى وقد ضاق الثلث، خلافه يجرى فيما إذا مات العبد الموصى به بعد موت السيد قبل قسمة المال فيحبس العبد بالذكر، ويحاص به أرباب الوصايا؛ لأنه إنما أوصى لهم مع هذا فقام الورثة مقامه، وعلى القول [الآخر][(٢)]: يجعل نسيا منسيا.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن عبدوس: ولو أوصى بعبد لا يحمله الثلث، وقال الرجل أنا أعطى [بقية][(٣)] ثمنه ويكون لى وقال الورثة: نعطيك قيمة حقك، ليس ذلك للجميع؛ لأنهم شركاء، بل يتقاومونه أو [يبقونه][(٤)] يبيعونه.

فرع: قال اللخمى إذا ترك امرأة حاملا لا ولد لها اختلف هل تعطى الآن الثمن فإن أسقطته أو ولدته ميتا أتم الربع فإن فيه تعجيل حق متيقن أو لا تعطى شيئا حتى تضع لأن القسمة فرع تيقن الشركة وكذلك إذا كانت حاملا ولها ولد قيل لا تعطى هى ولا أولادها حتى تضع وقيل تعطى الثمن والولد نصف الباقى لإمكان كون الحمل ذكرا وقيل ثلثه لإمكان أن يكون غلامين. وقيل الربع لإمكان أن يكونوا ثلاثة وقيل الخمس لإمكان أن يكونوا خمسة والنصف أحسن لأنه الغالب.

فرع: فى الكتاب: أوصى بدنانير من غلة داره، أو خمسة أوسق من ثمره والثلث يحمل الدار والحائط، فأخذ ذلك عاما ثم بار ذلك أعواما - له أخذ نصيبه كل عام،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى ط.

ما بقى من غلة العام الأول شىء، فإن لم يبق منه شىء أخذ ذلك للأعوام التى لم يأخذ فيها؛ لأنه حق يتأخر له.

ولو أكريت الدار أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا دينارًا، فهو له؛ لأن الوصية مقدمة على الميراث، وكذلك الغلة.

ولو قال: من غلة كل سنة خمسة أوسق أو من كراء الدار كل سنة عشرة - لم يأخذ من سنة عن سنة أخرى لم تغل؛ لأن «من» للتبعيض، فقد نص على بعض كل سنة ههنا، بخلاف الأولى.

ولو أكريت بأقل من عشرة أو غلة أقل من خمسة أوسق، لا يرجع بتمام ذلك فى عام آخر.

قال صاحب النكت: إذا مات الموصى له فى نصف السنة، له نصف الوصية، وكذلك الثلث، وغيره على قدر موته، وإذا أراد تعجيل عشرته وشاحه الورثة؛ فينبغى أن يكون بحساب ما مضى من السنة؛ ككراء الدور والدواب، وإذا لم يحمل الثلث، ولم يجيزوا - دفعوا له ثلث الميت شائعا؛ لأنه حق الميت، ولو جعل ذلك له ولعقبه مؤبدا، فهو كالوصية بالحائط للمساكين يقطع فى الثلث، وإن قال: ادفعوا إلى بقية الثمرة فى العام الأول لئلا يهلك النخل فى العام الثانى: نظر السلطان: فإن كانت مأمونة لا تخاف أو غير مأمونة، حبس قدر ما يخاف عليه من ذلك، ويمتنع بيع السلطان ولا يشترط على المشترى حق الموصى له، وهو غرر، فإن أوصى له بقدر معلوم لم يعينه فى جهة جاز البيع إذا كان الورثة أملياء ثقاة، وحملوا ذلك.

قال ابن يونس: لو أكروها بالنقد فضاع إلا نصيبه، أعطوه له، ولو بقى عجلوا له نصيبه، ولو انهدمت بعد ستة أشهر، أخذه مما مضى.

ولو قال: من كل سنة دينار أو وسق، فأكروها نصف سنة، فله نصف دينار؛ لأنه أوصى بدينار من السنة كلها [وإن جاء الحائط بأقل، لم يرجع به فى عام آخر][(١)]، ولو أوصى بثلثه ولآخر بدرهم كل شهر من غلة عبده ولم يدع [غيره][(٢)]:

قال محمد: يحاص الثلث بثلث قيمته، والآخر بتعميره لكل شهر درهم، فما أصابه، وقف له بيد عدل ينفق عليه، فإن مات قبل ذلك عاد الباقى لصاحب الثلث،

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

وإن فنى وهو حى، رجع على صاحب الثلث بما يرى أنه بقى له من عمره لو حوصص له بذلك، وفى رجوعه خلاف.

ولو أوصى بخدمة عبده، ولآخر بدرهم من غلة ذلك العبد كل شهر والعبد الثلث، بدئ بصاحب الدرهم؛ كمن أوصى بثلثه لرجل وللآخر بمائة من ثلثه، فإن شاء المخدم أعطى الدرهم كل شهر وحاز الخدمة، وإلا استؤجر العبد، وبدئ بالدرهم من أجرته.

وكذلك لو أوصى بثمرة حائطه ولآخر بعشرة آصع من ثمرته كل سنة، قدمت الآصع وما فضل للآخر فلو فضل أقل من عشرة، أخذ التمام من العام المقبل.

وعن ابن القاسم: فى الموصى له من غلة حائطه أو [من عبده][1] بدينار كل شهر حياته، والثلث يحمل ذلك إن ضمن له الورثة، ذلك وإلا وقف العبد والحائط، وإن لم يحمل الثلث، وقعت[2] المحاصة بالتعمير فى العبد على أقل العمرين للعبد أو الموصى له.

قال ابن القاسم: ولو أوصى بوصايا ولرجل بنفقته حياته من بقية الثلث، ولم ينظر فى ذلك حتى مات الموصى له بالنفقة فإن فضل من الثلث شىء أعطى منه ورثته قدر ما عاش بعد [موت][3] الموصى؛ لاستحقاقه بالموت.

وكذلك لو لم يمت إنما تحسب له من يوم موت الموصى.

قال ابن القاسم: [ولو][4] لم يقل: ينفق عليه من بقية الثلث، بل: ينفق عليه حياته، حاصص ورثته أهل الوصايا فى جميع الثلث بنفقة ما عاش بعد موت الموصى، فإن أوصى بعشرين دينارًا، ولآخر بعشرة، ولآخر بدينار كل شهر حياته فكان تعميره يقتضى ثلاثين، والثلث أربعون:

قال ابن نافع: يأخذ كل واحد ثلثى وصيته، وينفق على صاحب النفقة ثلثا دينار كل شهر، فإن مات قبل الأجل رجع الفاضل لأرباب الوصايا.

ولو أوصى بنفقة رجل عشر سنين فمات، فالفاضل [لورثته][5] لورثة الموصى

---

(١) فى أ: غيره.
(٢) فى أ: ووقعت.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.

كما لوأوصى له حياته، ولو أوصى لجماعة بنفقتهم حياتهم وجعل نفقتهم بيد عدل، فإن مات بعضهم قبل أجل التعمير، رجع الباقى لنفقتهم، فإن ماتوا كلهم رجع الباقى لأهل الوصايا، فإن استوفيت الوصايا، فللورثة، وإن نابهم نصف وصاياهم لم تنقص نفقتهم كل شهر.

قال مالك: وكذلك لو أوصى بدينار كل شهر فوقع له نصف دينار؛ لأن الميت قصد التوسعة عليه، خلافا لابن نافع.

قال مالك: لو أوصى لخمس أمهات أولاده بعطية كل سنة ما عشن[1]، لكل واحدة بعدد مسمى: فمن مات [منهن][2] رجع نصيبها للورثة دون صواحبها؛ لأن التسمية لا يزاد عليها: قال محمد: لو لم يسم، رجع لصواحبها؛ كأنهم رجل واحد.

قال ابن القاسم: لو وصى بمائة دينار ينفق على رجل منها كل سنة كذا، وعليه دين فقال غرماؤه عمّروه لنأخذ الفضل، لم يجابوا؛ لأن الفضل لورثة الموصى ولو أوصى له بدينار كل شهر ينفق عليه، فلهم أخذ الفضل عن نفقته لأنه ماله.

وقال عبد الملك فى الموصى له بالنفقة والخدمة والسكنى ففلس: إن كان الفضل بينا نحو: خمسة دنانير فى الشهر، فهى وصية بالنفقة وبغيرها، فلهم الفضل فإن سمى ما بين ضيق النفقة وسعتها فلا.

قال التونسى: لو أوصى بغلة ثلث حائطه، لأوقف الحائط إذ لا تختص الغلة بثلث معين، وللورثة قسمة الحائط وإيقاف ثلثه كما لو أوصى له بثلثه.

وقيل يوقف جميع الحائط.

وللموصى له بالخدمة حياته بيعها من الورثة؛ لتخلص الرقبة لهم، وتجوز إجازتهم له السنين والأمد المأمون دون العشر سنين، وإن جازت إجارة العبد عشر سنين؛ لأن الإجارة تبطل ههنا بموت العبد وبموت المخدم، بخلاف إجارة الرقيق تبطل بموته فقط فالغرر أكثر.

ولو أجرت عبدك بشرط: إن مت، بطلت الإجارة وفسدت، ومقتضى ذلك

---

(١) فى ط: عشر.

(٢) سقط فى ط.

الفساد ههنا فى القليل، لكنه استخف فى المأمون من المدة، أما إذا أوصى بخدمة عشر سنين لأن الإجارة لا تنتقض بموت غير العبد، وإذا أوصى بثمرة حائطه، جازت مصالحة الورثة على ذلك وتترك الوصية، وإن كان بيع مجهول؛ لأن الحياة مجهولة؛ لأنه تخليص للرقاب فكأنهم اشتروا الرقاب لما كانوا ممنوعين منها، فلو أوصى بثمرة سنة واحدة ولم تؤبر(١)، امتنع شراء الثمرة؛ لتمكنهم من بيع الأصل؛ لأن ابن القاسم [قال](٢): يجوز فى المساقاة بيع الحوائط بالمساقاة قبل التأبير، وتبقى الثمرة ملكا لصاحبها.

وأما قول غيره أنه يمتنع البيع إلا بعد إبار الثمرة سنة، فيجوز لهم الشراء ههنا لتعذر التصرف، وإن أبرت وهى سنة واحدة فيمتنع على مذهب ابن القاسم القائل: إن شراء أصل فيه ثمرة بطعام لا تجوز إلا على الجذاذ.

قال اللخمى: إذا أوصى بدينار من داره كل سنة وأكراها الميت سنة بالنقد، ليس للموصى له من ذلك شيء، لتعلق الوصية بما يكرى بعد، وإن أكراها بغير النقد، دخلت الوصية فيما يقبض من ذلك لتأخره بعد الوصية، فإن أكراها الورثة كل شهر بدينار فله من كل دينار نصف سدسه، ويسلم الباقى للورثة إن كانوا مأمونين وإلا أخرج الدينار؛ لأن وقف بقيته ضرر على جميعهم.

وإن اختلفوا: هل يكرى بالنقد أو مؤجلًا؟ حمل على العادة فى تلك الدار، فإن عدمت العادة، أكريت مشاهرة؛ لأن كراء جميع السنة يحبس.

فإن أكريت سنة فانهدمت بعد نصفها فله الدينار. قال: يعطى من الغلة كل سنة دينار أو نصفه إن قال: فى غلة من غلة كل سنة دينار على مراعاة الألفاظ إلا أن يفهم عنه خلاف ذلك، فإن مات الموصى له بعد شهر فله نصف سدس دينار، أو مات، وفى الحائط ثمر مزهٍ فليس للموصى له منه شيء، بل المزهى للورثة؛ كالبيع.

قال ابن القاسم: إن أوصى بدينار من غلة داره أو حائط لرجل حياته، إن ضمن الورثة له ذلك، وإلا وقف الحائط، أو: بآصع ليس لهم ضمان ذلك إلا أن يرضى؛ لأن الوصية بالثمار كالسلعة المعينة ليس لهم بدلها بغيرها، بخلاف الدينار لا تختلف فيه الأغراض، ولو علم أن قصد الموصى الحفظ عليه من التلف، إن أخذه جملة لم

---

(١) فى ط: يؤبر.
(٢) سقط فى ط.

يجز رضاه، وعليهم غرم الوصية كل سنة.

قال محمد: إن انهدمت فى حياة الموصى وهى تخرج من الثلث، فما بين القيمتين ميراث، والوصية على حالها فى القاعة وإن هدمها أحد بعد الموت، غرم بعد ذلك وبنيت له، والوصية على حالها. وكذلك لو قطع نخل الحائط؛ لأن الأصل بقاء حقه.

فرع: فى الكتاب: إذا أعمرك أو أخدمك أو أسكنك أو أعطاك ثمرة حائطه، جاز شراؤه منك كله هو أو ورثته ويصالحوك على مال ولو لم يزهِ النخل؛ لأنه تخليص للرقاب؛ ولأن أصله معروف.

وإن أوصى لك حياته، جاز للورثة بنقد أو دين؛ كشراء العرية بخرصها، ولو صالحوك على مال ثم مات العبد وأنت حى، لا يرجعون عليك؛ لدخولك لهم على الغرر، ويمتنع بيع هذه الخدمة من أجنبى؛ لأنه غرر سوغ لضرورة تخليص الرقبة للتصرف فيها، وهو منفى فى حق الأجنبى؛ وكذلك(١) إعارة ما أوصى به لك من السكنى وإخدام العبد إلا أن يعلم أنه أراد الحضانة والكفالة؛ لأنه حينئذ ملكك أن تنتفع لا المنفعة كتمليك الشرع المكلف أن ينتفع بالمسجد والمدرسة وقارعة الطريق، وليس لك المعاوضة على شىء من ذلك.

ولو مت قبل الأجل، عتق العبد، إن جعل حرا بعد الأجل إلا أن يكون من عبيد الخدمة أو ممن أريد به الخدمة، فإنه يخدم الورثة بقية الأجل؛ لأنه بقية حقه يورث [عنه](٢) وإن قال الموصى: اخدم ابنى فإذا تزوج فأنت حر، فبلغ النكاح موسرا، عتق؛ لأنه أراد بلوغ أمده والإعانة مدة الضعف.

قال صاحب النكت: قال جماعة من الشيوخ: لو بلغ الابن معسرا، لم يعتق حتى يكون له مال يتزوج فى مثله لأن المقصود رفع كلفة الخدمة.

قال ابن يونس: إذا أوصى بغلة داره أو جنانه للمساكين، ولم يحمل الثلث الدار أو الجنان: قال أشهب: يخرج منها محمل الثلث، ولا يخير الورثة فيهما؛ لأنه لا يرجى مرجعه للورثة، ولو كان على أقوام بأعيانهم ولم يحمله الثلث ولم يجيزوا، قطع لهم بثلث التركة بتلا؛ لأن المرجع للورثة إذا أهلكوا، ولو أوصى للمساكين

(١) فى ط: ولك.
(٢) فى ط: عنك.

بعدة أوسق من بستانه أو عدة دنانير من داره كل عام فهذا يخير فيه الورثة بين الإجازة أو القطع بالثلث بتلا.

قال اللخمي: أشهر قولى مالك أن للموصى له شراء الرقبة ليتصرف فيها بالبيع وعنه المنع.

قال سحنون: لا يجوز من ذلك إلا للضرورة من فلس ونحوه؛ لأنه شراء عين لم يبق فيها منفعة.

قال: وكذلك أرى فى شراء الورثة الخدمة لا يجوز إلا للضرورة، ويجوز على قول مالك شراء بعض الورثة نصيبه من الخدمة دون نصيب شريكه، إلا أن يشترى جميع الخدمة للسنة والسنتين؛ كما يجوز للأجنبى، فإن هلك العبد قبل الأجل، رجع بقية الإجارة، فلو كانت الوصية بالخدمة عشر سنين، جاز أن يشترطوا تلك المدة، وإن هلك العبد قبلها، رجعوا عليه بالبقية، إلا أن يكون قصدهم بالشراء التحلل فى الرقاب؛ لأن الثمن لهذا العرض، وإذا كانت خدمة العبد موفية، جاز بيعها ما لم يبعد الأجل.

وأجاز ابن القاسم، إذا كان الأجل عشر سنين أن يكريه بالنقد فيها؛ لأنه إذا مات المخدم قبل العشر خدم الورثة بقية الأجل.

ومنعه ابن نافع؛ لأن العبد عند الموت يرجع لسيده.

وإن أخدمه حياة المخدم أجره الأمد القريب؛ لأن الغرر من حياته وحياة المخدم، وإن كانت الخدمة بحياة العبد جاز على أصل ابن القاسم إجارة عشر سنين؛ لأن الغرر من وجه واحد، [وهو][1] موت العبد؛ كما لو أجر عبد نفسه.

وقال فى الدار الموصى له بسكناها: لا يكريها إلا الأمد القريب، نحو السنتين، وكره ابن ميسر [الأربع][2].

قال: ولو كرهت هذه لكرهت إجارة عبده سنتين؛ لأن الغرر فى الدار من جهة واحدة؛ لأنها مأمونة، ويجوز[3] النقد للأمان، ويجوز فى الدار والعبد العشر سنين

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: ولا يجوز.

بغير نقد على القولين، وأجاز ابن القاسم للموصى له أن يؤاجر العبد وهو من عبيد الحضانة، إن لم يحتج للحضانة فإن احتاج منعه، وجوزه أشهب فى مثل تلك الحضانة؛ لأنه تمليك للمنفعة.

قال: والأول أحسن؛ لأن الموصى بمثل تلك يكره إجارة عبده، قال: وكذلك أرى الذى يوصى بخدمة عبد فلانا أو يخدمه إياه من غير وصية أجلا معلوما، وكذلك إذنه فى ركوبه وسكنى داره، وقاله ابن نافع.

وإذا مات[١] العبد فى أثناء المدة لا يبقى للورثة شىء؛ لأنه ملكه أن ينتفع دون المنفعة.

وكذلك الرجل يسكن داره صهره سنة فيطلق ابنته فى بعضها، أو يموت.

وإذا ضرب أجلا للثمرة فانقضى، وفيها ثمرة[٢] لم تؤبر، فلورثته، أو أزهت فللموصى له؛ لأنها كملت فى أجله.

واختلف: إذا أبرت، هل للورثة أم للموصى له؟ لأنها حالة متوسطة بين البداية والنهاية.

قال: وإن لا شىء لهم أحسن إلا أن تزهى، فإن كانت الوصية بما تلده أمته فانقضى الأجل وهى حامل، فلورثته؛ لأنه أوصى بما تلده فى تلك السنة، وهذا ولد فى غيرها.

قال محمد: إن أوصى بثمرة حائطه الآن لرجل، والمستقبلة لآخر، والحائط لا يخرج من الثلث: إن أبرت قومت ثم قومت المستقبلة إلى حياة الموصى له، فإن استوت القيمتان، فلصاحب المأبورة شطر ثلث الميت فى عين الثمرة، وللآخر الشطر شائعا فى جملة التركة، فإن لم تؤبر فلهما ثلث الميت على قدر وصاياهما.

فرع: فى الكتاب: أوصى برقبة بستانه أو أمته، فأثمر البستان أو ولدت الأمة قبل موت الموصى، والثلث يحمل البستان وثمرته، والأمة وولدها، فالثمرة والولد للورثة؛ [لأن الوصية إنما تستحق بعد موت الموصى][٣]؛ وكذلك إذا أبرت النخل

---

(١) فى أ: وإذا أصاب.
(٢) فى ط: وقتها مدة.
(٣) بدل ما بين المعقوفين فى أ: لأن الوصية لهما مستحق بعد الوصى.

أو ألقحت الشجر قبل الموت، وما أثمرت بعد الموت قبل النظر فى الثلث فللموصى له؛ لتقدم سبب الاستحقاق، ولا تقوم الثمرة مع الأصل بعد الموت، بخلاف الولادة، وشبهها، والثمرة كالغلة والخراج، والولادة كالأجزاء.

ولا يقوم ما أفاد المدبر(١) والموصى بعتقه والموصى به لرجل بعد الموت، قبل النظر فى الثلث؛ لحدوثها بعد سبب الاستحقاق، بخلاف أموالهم التى مات السيد عنها بأيديهم أو [ما](٢) نمى من ربحها بعد موته، وليس لهم التجر فيها بعد موته، فإن فعلوا فالربح كرأس المال، ولا يقوّم مع المبتل فى المرض ما أفاد بعد عتقه قبل موت السيد أو بعد موته، بل هى فوائد لهم والموصى له بالعبد إن حمل الثلث رقابهم، وإن حمل بعضها وقف المال بأيديهم.

قال صاحب النكت: إذا اكتسب الموصى بعتقه مالا قبل الموت، ومالا بعده لسيده، قوم ما هو قبل على القولين، ولا يقوم ما بعده على القول الواحد إذا حمله الثلث؛ لأنه ظهرت حريته من حين الموت، ومال الحر له، فإن لم يحمله الثلث، قوم؛ لأنه موقوف بيده وقد وجب الشركة فيه.

قال التونسى: العبد الموصى به لرجل، لا يتبعه العبد فى الصحة والبيع.

وقيل: يتبعه؛ كالعتق.

وما أغلت النخل بعد موت الموصى، أو اكتسبه العبد الموصى بعتقه بعد الموت أو الموصى به لرجل والمدبر أو المبتل قبل الموت، إن وهب ففى ذلك خلاف:

قيل: تقوم الأصول بغير غلات؛ لحدوثها بعد الموت، فإن خرجت تبعتها الغلات.

وقيل: بغلتها، وهو أشبه؛ قياسا على نماء العبد بعد الموت، وولد الأمة لم يختلف فيهما: كأعضائهما، وإذا قومت الأصول وحدها فخرجت من الثلث وتبعتها الغلات، وقد أنفق عليها من مال السيد إلى أن نمت، انظر:

هل يرجع على الموصى له؛ لعدم نفع الميت؛ لأنها خرجت من الثلث؟ فإن لم تخرج من الثلث نصفه، هل يرجع عليه بنصف النفقة؟

---

(١) فى ط: مؤبرة.

(٢) سقط فى ط.

ولو مات الموصى به لرجل وترك مالا، قوم ماله على القول بأنه يتبعه، فإن خرج من الثلث أخذه الموصى له.

وفي كتاب محمد: إن ما اكتسبه لورثته إذا مات، ولم تكن أموال مأمونة، ولو جنى على عبده فأخذ أرشا فهو لورثة سيده، أو قتل، فقيمته لورثته؛ كما لو أوصى بعتقه؛ لعدم تمام الحرية فيه.

قال اللخمي: النفقة على الغلات من مال الميت، وعلى عدم تقويمها فنفقتها على الموصى له، وولد العبد والأمة يدخل في الوصية - قولا واحدا - إن حدث الحمل بعد الموت اتفاقا، فإن حدث الحمل في الحياة، والولادة بعد الوفاة، فولد الأمة للموصى له، وولد العبد من أمته للورثة أوصى بعتقهما، أو لفلان.

والجناية في حياة السيد للورثة يكثر بها مال الميت، وكذلك إذا كانت بعد موته وقد وصى بعتقه؛ لأنه جنى عليه وهو عبد.

فإن قال: إن مت فهو حر عتق بنفس، والجناية عليه جناية حر، له ولورثته.

وقال محمد: الموصى به لرجل، حياته لورثة السيد؛ كالموصى بعتقه، وعلى قول ابن القاسم: للموصى له؛ لأن الميت أخرجه عن الورثة.

فرع: في الكتاب: استحداث الدين في المرض، يرد ما بتل من العتق في المرض ويضر ذلك بالعبد كما يضر به ما تلف، وقد قال غير هذا.

فرع: قال ابن وهب: إذا أوصى بما تلده بقرته هذه أبدا: إن كانت حاملا يوم الوصية فهو له، وإلا فلا شيء له، ولو حدث حمل. ولربها بيعها؛ لأن الوصية يرجع فيها.

وقال أشهب: بل له ما تلده أبدا وهو أصوب؛ لأنه ظاهر اللفظ.

قال محمد: وهذا إذا لم تكن يوم الوصية حاملا وإلا فليس له إلا حملها، وإذا أوصى بصوف غنمه ولبنها لرجل وبها لآخر، فالنفقة على صاحب الغلة، وله ما كان تاما من الصوف يوم مات، وما في ضروعها من اللبن وما في بطونها من ولد، وما تلد حياته.

يريد: إذا لم تكن حوامل يوم الوصية، وإنما حملت يوم الموت، ولو كانت حوامل يوم الوصية، لم يكن له غيره إلا أن يوصى بما تلده حياته، أو يعلم أنه أراد ذلك.

قال عبد الملك: إذا أوصى بما فى بطن أمته أو غنمه أو ثمرة نخله وبوصايا فولدت قبل النظر، حوصص بالولد على حسنه وقبحه وقيمته، وإلا حوصص بقيمة الأمهات، فإن تبين عدم الحمل، رد ما وقف على أهل التلف، فإن ماتت الأمهات وخفى أمرها وكان الحمل بينا، مضى الحصاص على عشر قيمة الأمهات.

وقيل: تباع الأمهات ولا تنتظر، ولا تكون أقوى حالا ممن يعتق ما فى بطنها ثم يموت، فإنها تباع فى دينه.

وإذا أثمرت النخل فينظر كم يساوى المؤجل بيعها[1] فيحاصص بذلك [وكذلك يحاصص][2] فى العبد الآبق يرضى[3] بقيمته على غرره.

قال ابن القاسم: يوقف الزرع الموصى به حتى يحل بيعه فيحاصص به.

وقال أشهب: إن أوصى بحمل أمته، فإن حمل الأم الثلث حاملا وقفت حتى تضع فتقوم الوصية على وجهها ولا ضرورة فى الغرر.

قال ابن القاسم: إن قال: ثمرة حائطى ولم يبين أى ثمرة ولا المدة: إن كان فيها يوم الوصية ثمرة، لم يكن له غيرها؛ لأنها الموجودة التى تسمى ثمرة، وإلا فله ثمرته حياته، وإن أوصى بثمرة حائطه ولم يدع غيره ولم تؤبره، لم يلزمهم إيقاف الحائط حتى يؤبر، بل إما أجازوا أو قطعوا له الثلث من التركة، ولو أوصى بغلة ثلث حائطه، لزم الورثة؛ كما لو أوصى بثلث حائطه ملكا؛ لأن ثلث غلته إيقاف لجملته لا يصح فيه القسم، والآخر يصح فيه القسم.

قال سحنون: لو أوصى بغلة حمامه للمساكين، ليس للورثة قسمته وإن خرج الحمام من الثلث، بل يبقى الثلث موقوفا حتى تحصل غلة جميعه، فيعطى ثلثها كما أوصى، فإن لم يحمله الثلث، خير الورثة بين إيقافه كله، وإعطاء ثلث الميت للمساكين، وإنما قال ذلك فى الحمام؛ لأنه لا ينقسم، ولو كان دارا تحمل القسم، لفرق بين قوله: غلة ثلث دارى، وثلث غلة دارى؛ كما تقدم لأشهب فى الحائط.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى لبنى فلان، قسم بينهم بالسوية لا بحسب الحاجة، بخلاف الحبس فإنه يجرى مجرى الصدقة.

---

(١) فى ط: تبعهما.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: فرضى.

فرع: في الكتاب: إذا مات الموصى له بعد موت الموصى، فهى لورثة الموصى له - علم بها أم لا لموته بعد تقرر حقه، وإن مات قبله بطلت الوصية علم الموصى بموته أم لا؛ لأن الوصية إنما تعتبر عند الموت، فإذا ظهر أنها لا محل لها حينئذ، بطلت، ويحاص بها ورثة الموصى أهل الوصايا في ضيق الثلث؛ لأن مورثهم إنما أوصى لأهل الوصايا بصفة كونهم يضايقون بوصية الميت.

وعنه: إذا علم بموته، بطلت الوصية، وعليه الرواة؛ لأنه إذا علم فقد أقر وصيته لمن بقى من أهل الوصايا. وإلى الأول رجع مالك، وبه أخذ ابن القاسم.

قال ابن يونس: قال مالك: إذ رد أحد أرباب الوصايا وصيته بعد موت الموصى، حاصص بها الورثة؛ كالميت فيقسمها الورثة مع ميراثهم، فلو رد قبل موت الموصى، فهى كموته قبل موت الموصى، ويجرى فيه اختلاف مالك(١).

قال اللخمى: في محاصة الورثة إذا مات قبل موت الموصى والوصايا أكثر من الثلث، أقوال لمالك.

ثالثها: إن علم لم يحاصصوا، وإلا حاصصوا فالمحاصة وإن علم مبنية على أحد أقواله: أن الميت إذا زاد على ثلثه فقد قصد دخول أرباب الوصايا بعضهم على بعض، وعدم المحاصة وإن لم يعلم: إما على أحد القولين في دخول الوصايا فيما لم يعلم به؛ أو لأنه يتوقع رده؛ والتفرقة [بناء](٢) على أن علمه إقرار لأصحابه.

أما إن أوصى له بالثلث فلم يقبل أحدهم أو مات، حاص الورثة بنصيبه - قولا واحدا - لأن الموصى إنما أعطى بصفة المحاصة فلا يؤخذ أكثر منها.

فرع: قال ابن يونس: قال يحيى: إذا ترك زرعا أخضر وثمرة لم تطب ورقيقا وأوصى بما يضيق عنه الثلث، فإن كان بماله بيع رقيقه ونفذت الوصية، وانتظر حالة جواز بيع الزرع بيع ودفع لهم ثلث الثمن، فإن أوصى بعتق أو ببعض الرقيق فلا يباع فيه، بل إذا حل بيع الزرع، ولا يقسم شيء حتى يباع الزرع، إلا أن يجيز الورثة فيقتسمون بقية المال، ويبقى الزرع لهم، وقال أصبغ: إن كان الزرع في أول بذره وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبد، عتق محمل الثلث.

---

(١) زاد في أ: قول.
(٢) سقط في أ.

فرع: فى الجواهر: كل تبرع فى المرض المخوف فهو محسوب فى الثلث وإن كان منجزا[(١)]، وقاله الأئمة؛ لحديث المعتق ستة أعبد، «فأقرع - عليه السلام - بينهم فأعتق ثلثهم ورق ثلثاهم»[(٢)] وكذلك: إن وهب فى الصحة وقبض فى المرض؛ لأن القبض معتبر فى الهبة ويحجر عليه إلا فى الثلث.

وإن لم يكن المرض مخوفا، لم يحجر عليه، والمخوف: كل ما لا يؤمن فيه الموت؛ كالحمى الحارة الحادة، والسل، والقولنج، وذات الجنب، والإسهال المتواتر مع الدم، وما يقول الأطباء: أنه سبب الهلاك غالبا، وما دون الجرب، ووجع الضرس، وحمى يوم، والرمد، والبرص، والجنون، وحمى الربع، وكل ما أشكل أخذ فيه بقول أهل المعرفة بالطب كما فى العيوب، وأما المفلوج والمجذوم، إن لزما الفراش فكالمرض، وإلا فلا.

ويلحق بالمخوف: الحامل فى ستة أشهر، والمحبوس للقتل فى قصاص، أو حد، والحاضر فى صف القتال متعرضا للقتل؛ لأن هؤلاء يغلب فى حقهم الموت كالمرض المخوف.

وألحق ابن وهب، وأشهب: الملجج فى البحر وقت الهول.

وخالفهما ابن القاسم.

ولا يحجر عليه فى القوت، والكسوة، والتداوى، وما يحتاج إليه من الأشربة وأجرة الطبيب ونحو ذلك، وكذلك المعاوضة كالتجارة بغير محاباة، والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة، فلا يحجر عليه؛ لأنه لا ضرر على الورثة فيها وما عدا ذلك من التبرعات موقوف، إن مات فمن الثلث، أو عاش نفذت، وإن أجر بأقل من الأجرة فالمحاباة[(٣)] فى الثلث.

وفى المنتقى: قال عبد الوهاب: يحجر على المريض فيما زاد على حاجته فى الدواء والكسوة والإدام، وما خرج عن العادة.

قال: ومحاباة المريض موقوفة، فلو باع ذهبا بورق وحابى فيه صح؛ لأنه لم يقصد الإتلاف، بل هو ينجز حتى يرد الورثة؛ كالرد بالعيب.

---

(١) فى أ: متجرًا.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: بالمحاباة.

ووافقنا أحمد فى الحامل وخالفنا (ش، وح) حتى تبلغ المخاض؛ لأنها صحيحة.

وجوابه: أنها فى العادة يندفع حملها وهى - أيضا - تتغير صحتها وتتعلل؛ ويشير إليه قوله - تعالى - ﴿حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِۦ فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَٰلِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٨٩]، فدل على أن زمن الثقل هو الزمن المرجى للوضع ومظنته، ولذلك دعوا، ومعلوم أنها فى السنة مثقلة.

وخالف (ش) فى الزاحف فى الصف حتى يتصدى للجراح ليشرع فى المطاعنة.

لنا: قوله - تعالى - ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾ [آل عمران: ١٤٣]، وإنما رأوا القتال وهو الذى كانوا يتمنونه فجعله موتا؛ لوجود مظنته.

فرع: قال: الوصية بالعتق لا تفتقر إلى قبول العبد؛ لأن العتق حق لله - تعالى - وكذلك: لو أوصى برقبة.

ووقع فى الكتاب: إذا أوصى ببيع أمته ممن يعتقها؛ لها الامتناع إن كانت من جوارى الوطء؛ حيث يكون العتق هدرا، قاله ابن القاسم؛ كمن أوصى بضرر. وأنفذ غيره عتقها؛ لأنه قربة يثاب عليها.

فرع: قال: لو أوصى بثلث ماله فاستحق ثلثا ماله، فالوصية فى ثلث الثلث شائعا، ووافقنا (ش) على أن المعتبر فى قدر المال بحال الموت دون يوم الوصية.

فرع: قال: إذا أعتق عبيدا وضاق المال، أقرع بينهم.

قال صاحب البيان: قال مالك: تقع القرعة فى الموصى بعتقهم، وفى المبتلين فى المرضى إذا أوصى بعدد منهم أو جزء أو بجميعهم ولا يحملهم الثلث؛ لما فى الموطأ: «أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته فأسهم - عليه السلام - بينهم فأعتق ثلثهم ورق الباقى».

قال مالك: وبلغنى أنه لم يكن له مال غيرهم، ولو كان له مال غيرهم عتق منهم بالقرعة محمل الثلث، عند مالك.

وقال ابن نافع: تختص القرعة بموت السيد فى العتق عند الموت ولا مال له غيرهم؛ لأنها تذهب ما ثبت بجميعهم من العتق.

وقال أشهب: لا يقرع إلا فى الموصى بعتقه؛ لعدم ثبوت العتق؛ لأن الوصايا

تقبل الرجوع بخلاف المبتلين فى المرض، فلو قال: أحد عبدى هذين حر أو[1] نصفهما، أعتق نصف قيمتهما بالقرعة عند الجميع، بأن يقوم كل واحد على حدته ويقرع عليهما، فإن خرج العتق للأول عتق من الآخر بقية نصف الجميع، وإن خرج الأكثر خرج منه قدر نصفهما دون باقيه، وجميع الآخر، ولو قال: أنصاف عبيدى حرة أو أنصاف عبدى، عتق من كل واحد نصفه.

قال ابن القاسم: ولو قال فى رقيقه ليس له مال غيره: بيعوا رأسا منه فى الدين والبقية أحرار، بيع واحد بالقرعة، فإن فضل من الثلث شىء أسهم بين الباقى، فمن خرج عتق منه بقدر الباقى.

فرع: قال صاحب البيان: قال مالك: إذا أوصى بعبد بعينه، فمات العبد عن مال قبل النظر فى مال الميت - المال للموصى له، ويتخرج فيه الخلاف فى بيع مال العبد فى الوصية، ويخرج المال من ثلث ما بقى بعد موت العبد كأن العبد لم يكن.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أقر فى مرضه: أن عبدى هذا حر وكنت اغتصبته على نفسه وهو حر الأصل:

إن كان يورث كلالة لا يصدق؛ للتهمة فى إزوائه عن الورثة، ولا يعتق من المال ولا غيره؛ ولأنه لم يقل: أعتقته، وإن ورثة ولده، عتق من رأس المال؛ لعدم التهمة مع الولد.

وهذا التفصيل فيمن قال: أولدت أمتى هذه، وفى المسألتين ثلاثة أقوال:

إن لم يورث كلالة، يعتق من رأس المال فى المدونة؛ لأن[2] إقراره صحيح.

لا يعتق مطلقا، قاله ابن القاسم فى المدونة؛ لأن الحالة حالة حجر، ولم يخرجه مخرج الوصايا ويعتق من الثلث؛ لأن أقل أحواله [أن][3] يكون وصية نافذة مطلقا ورث كلالة أم لا.

فتجتمع فى المسألة خمسة أقوال:

لا يعتق مطلقا ورث كلالة أم لا، ويعتق مطلقا من رأس المال فى كلالة، وغيرها ويعتق من رأس المال إن لم يكن كلالة، وإلا لم يعتق مطلقا.

---

(١) فى أ: و.
(٢) فى ط: لأنه إقرار.
(٣) سقط فى ط.

فرع: قال: قال مالك: إذا أوصى أن ربع عبده حر، لم يقوم على العبد باقيه؛ لأن السيد هو المعتق، ولو أوصى لعبد بربع نفسه، عتق وقوم عليه باقيه، كأن العبد ملك بعض [نفسه فأعتق][1] بالتقويم عليه أولى من الشريك.

فرع: قال قال ابن القاسم: أوصى لرجل بصوفها، ولآخر بلحمها، ولآخر بجلدها، فتركت حتى ولدت الأولاد، فلا شيء للأولين من الولد، ولصاحب الجلد قيمته؛ لأن الولد تابع لأمه، والأم داخل الجلد، والصوف والجلد تبع فيعطى قيمته إذا استحييت.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أوصى لرجل بعشرة، ولآخر بعشرين، ولآخر بثلاثين، وقال فى آخر: هو شريكهم، يعطى نصف وصية كل واحد منهم مما أوصى له به، لا من بقية الثلث بعد الوصايا؛ لأنه شرك ولم يبين فإن قال: هو شريك معهم بالتسوية، فقد وصى له بربع كل وصية، إن كانوا أربعة فهو رابعهم، أو خمسة فله الخمس.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أعطوا فلانا هذا الفرس، وخيروا فلانا فى الفرسين الباقيين، وادفعوا الباقى لفلان، فاختلط المعين فلم يعرف - يعطى صاحبه الثلث[2] من كل فرس، وللمخير ثلث الأعلى و [ثلث][3] الوسط، وللآخر ثلث الدنى والوسط، فيصير لكل واحد فرس، وتجوز شهادة الشهود فيها مع اللبس [كما لو أطلق أحدهما وشكوا فيه][4].

فرع: قال: قال مالك: إذا جهل سبقية موت الموصى الموصَى له، لا شيء لورثة الموصى له؛ كما لا يورث بالشك إلا أن تقوم بينة.

فرع: قال ابن القاسم: لو أوصى له بمائة سلفا إلى أجل، ثم هى لآخر - يضمن الأول ما نقص منها؛ لأنه المتصرف فيها، فإن لم يحملها الثلث، أخرج ما حمله على الشرط المذكور.

---

(١) فى ط: نصيبه فأعتقه.
(٢) فى أ: الثلثين.
(٣) سقط فى أ.
(٤) بدل ما بين المعقوفين فى ط: كما لو طلق إحداهما وشكوا فيها.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إن مت من مرضى هذا فعبدى مدبر، فهى وصية إن عاش اتفاقا، وإن مات، فله فى كونها وصية أو تدبيرًا قولان؛ نظرًا للفظ التدبير أو التعليق على الموت. وفائدة الخلاف: التقديم على الوصية.

فرع: قال: قال ابن القاسم: كنت حلفت بعتق رقيقى إن لم أتصدق بمائة فأخرجوها من ثلثى، إن حمل الثلث المائة بَرَّ؛ لأن حال الثلث بعد موته كحال ماله فى حياته، بخلاف قوله: كنت حنثت فى صحتى.

فرع: قال: قال مالك: إذا أوصى بعتق بعض رقيقه فمرض بعضهم، قوم مريضًا ولا ينتظر[(١)] به الصحة خوف الموت؛ لأن تنفيذ الوصية واجب على الفور.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أوصى لفقراء بنى عمه، ولم يشهد بذلك إلا أغنياؤهم - ترد الشهادة؛ للتهمة فى صيرورتهم محتاجين للمشهود به، إلا فى الشىء اليسير.

فرع: قال: قال ابن القاسم: الوصية بالغائب، جعل إحضاره على الموصى له؛ لأنه ملكه وله نفعه، ويقوم بذلك الموضع فى رفعته وخسته، ولا يجلب.

فرع: قال: قال ابن القاسم: بيعوا عبدى هذا بعشرين، وأعطوا فلانا منها خمسة عشر، فبخس[(٢)] عن العشرين، أعطى ثلاثة أرباع المتحصل؛ لأنها نسبة الوصية.

وعنه: له ما زاد على الخمسة قل أو كثر؛ لأنه لم يبق للورثة إلا خمسة فلا تنقص.

فرع: قال: قال ابن القاسم: لا يدخل بئر الماشية فى الوصية؛ لأنها لا تباع ولا تورث، ولا للموصى له شرب مع الورثة؛ لعدم تناول الوصية إياها.

فرع: قال: قال مالك: أوصى أن يعتق إن حمله الثلث [فإن لم][(٣)] يسعه، لم يعتق، إلا أن ينقص الشىء اليسير فيعتق كله؛ لاشتراطه السعة.

وظاهر قوله: أنه لا يغرم ذلك اليسير، والذى فى الكفالة من المدونة: اليسير، مثل الدنانير، والدراهم.

وقال ابن القاسم: يغرمه موسرا ويتبعه الورثة معسرا؛ لأنه يكمل على نفسه؛

---

(١) فى أ: وينتظر.
(٢) فى ط: فحبس.
(٣) فى ط: فلم.

مراعاة لقول ربيعة: أنه يقوم بماله، فإن لم يحمله قوم بما يحمله [من ماله][(١)]، ويكون الباقى اليسير مضافا للمال اليسير، وابتاعه مراعاة للقول بالاستسعاء.

وقال سحنون: يرق الباقى ليسارته ولا يلزمه غرم، ووجه قول مالك بالعتق إذا بقى الشىء اليسير: أن الزيادة غير محققة؛ لأنه تقويم بالاجتهاد.

فرع: قال: قال مالك: إذا ادعت المرأة حملا، أخرت الوصايا حتى يتبين أمرها؛ لئلا تؤخذ الوصايا ويوقف الثلثان، فربما هلك فيرجع الورثة على الموصى له بثلثى ما أخذ، ولعله يفوت فى يده أو يعدم.

وقال أشهب: تنفذ الوصايا؛ لأن الأصل عدم الهلاك، والخلاف - أيضا - جار على الخلاف فى الموصى له بالثلث يطرأ على الورثة، هل حكمه حكم الوارث يطرأ على الورثة؟ أو حكم الغريم؟

فعلى الأول: تعطى الوصايا، ويوقف للورثة ثلثاهم، لهم النماء وعليهم النقص، ولا يرجعون بشىء، ولا يرجع صاحب الثلث بشىء إن نما للمال.

[وعلى الثانى: يوقف][(٢)] جميع المال ولا يعجل له الثلث كما لا يعجل السدس حتى يوضع، وعلى هذا: لو عجل له الورثة الثلث وتلف بقية المال قبل وضع الحمل، رجعوا بثلثى الثلث، ويرجع هو عليهم بثلث النماء، وعلى القول الثانى: لا يرجع.

ولو كانت الوصية بعدد دنانير، عجل ووقف الباقى - اتفاقا - لأن الوصية بالعدد واجبة الإخراج؛ كالدين.

فرع: قال: قال مالك: أوصى أن يشترى عبد بعشرة فيعتق عنه، فوجد عبد بعشرين، فقال أخو العبد للسيد - وهو حر -: بعه بعشرة وأنا أعطيك عشرة، فباعه بعشرة ولم يعلم الموصى، فهو عيب يرجع به على البائع من الثمن؛ لأن الأخ قد شارك فى العتق بما دفع فكأنه أعتق النصف، والموصى النصف.

قال ابن القاسم: وينظر قيمته بغير شرط العتق وبشرطه، ويرجع بما بين القيمتين.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: وعلى الثلثين وقف.

قال: وليس بصواب، بل هو كالذى استحق نصفه، ويجعل ذلك فى رقبة أخرى، فإن كانت الوصية فى عتق واجب، لم يجز وضمن الموصى - عند أشهب - لأن الخطأ فى الضمان كالتفريط، ويشترى رقبة أخرى فيعتقها عن الموصى، ولا يضمن - عند ابن القاسم - لعدم علمه، ويرجع على الورثة فى باقى الثلثين.

فرع: قال مالك: أوصى بوصايا وماله دين، فاستأجر الوصى على تخليصه - لم يكن على الموصى لهم شىء من الأجرة؛ لأنه لم يوص لهم بدين بل بما يتخلص.

وقال ابن نافع: إن لم يكن فى الثلث فضل، فعليهم حصتهم؛ لأن الوصايا لا تزيد على الثلث.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أوصى برقيقه أو غيره فبدّله؛ فله ما يوجد عند الموت من البدل؛ لأن الوصية إنما يقصد بها حالة الموت، أما لو عينه، فثلاثة أقوال: يتعين العبد والزرع؛ توفية باللفظ.

لا يتعينان؛ لأن مقصود الوصية إنما هو عند الموت، فهو يعلم أن له الرجوع والاستبدال.

يتعين العبد دون الزرع ونحوه، لتعلق حق العبد والجهاد، والعبد لاحق له واختلف، هل يتعين العبد بالتسمية[1] والصفة؟ عينه ابن القاسم؛ نظرا للفظ.

وقيل لا يتعين؛ لأن مقصود هذه التعينات الإشارة للنوع دون الشخص.

فرع: قال: قال مالك: أوصى أن يشترى عبدًا وارثٌ له فيعتق عنه، فزاد الوارث مثل ثلث الثمن - لأن الوصية مقصودها المعروف والإيثار - فتحمل ههنا عليه، والثلث أصل فى الوصايا، ولم يتهمه، وهو خلاف ما فى المدونة، واتهمه فى الوصية لوارثه، ولو فرق بين العالم بوجه الحكم لكان وجها.

فرع: قال: قال مالك: أوصى بعتق نصيبه من عبد وعتق نصيب شريكه، لزم ذلك شريكه؛ لأنه من باب التقويم.

وعنه: لا يجبر، ويعتق نصيبه وحده؛ لأن الميت لا يقوم عليه.

وقال (ش)[2]: يكمل على الميت فى ثلثه؛ قياسا على الحى والفرق عندنا:

---

(١) فى أ: بالشبهة.
(٢) فى أ: فرع.

انتقال المال وبطلان الملك والأهلية.

فرع: قال الأبهري: قال مالك: سلاحي في سبيل الله، لا يجعله الوصي حبسا، بل يجتهد فيه فيملكه من يقاتل[١] في سبيل الله تعالى.

فرع: قال: قال مالك: ما اكتسبه العبد الموصى به بعد الموت، وقبل الجمع للتركة، فللموصى له؛ لأنه بالموت صار على ملكه.

قال صاحب المنتقى: قال ابن القاسم: هو مدبر وإن لم أحدث فيه حدثا، فهو وصية؛ وكذلك: عبدي مدبر بعد موتي؛ لأنه تصرف غير مبتوت الآن، وإن مت من مرضي فعبدي مدبر، لا يرجع فيه؛ لأن شأن التدبير التعلق بالموت، وإن قال: هو حر يوم أموت. قال مالك: إن أراد التدبير فهو تدبير، وإلا فوصية؛ لأنها الأصل.

فرع: قال: قال مالك: إذا أعتق المريض أو الحامل أو تصدقا، ولم يقل: إن مت، ثم صح فقال: أردت إن مت - يستدل بالقرينة على قصده.

وقال في مريض قيل له: أوص فقال: فلان حر، ثم صح، فقال: أردت بعد موتي: يصدق؛ لقرينة تقدم الأمر بالوصية، ومتى عدمت القرائن فهو بتل؛ لأنه ظاهر اللفظ.

فرع: شرع الله - تعالى - الوصية، وشرع الرجوع فيها؛ لطفا بالعباد بتوفير عزومهم على تكثير الوصايا، وقاله الأئمة.

فلو اعتقد المريض تعذر الرجوع، لامتنع من الوصية خشية الصحة فيذهب عليه ماله، فإذا علم أن له الرجوع صحيحا ومريضا، استكثر من الوصايا، حتى لو أمكنه استيعاب ماله استوعبه بتقديم ماله بين يديه وليس للموصى لهم بالوصايا.

قال صاحب المقدمات: له الرجوع في وصية الصحة والمرض وإن كانت وصيته في الصحة والمرض، وليس له الرجوع في التدبير.

واختلف: إذا قال: إن مت فعبدي حر، هل هي وصية حتى يعلم التدبير؟ قاله ابن القاسم، أو تدبير حتى تعلم الوصية؟ قاله أشهب.

ثم الرجوع قد يكون بالصريح وقد يكون بالمحتمل.

فتنقسم التصرفات ثلاثة أقسام: منها: ما يدل على الرجوع.

---

(١) في أ: يعامل.

وما لا يدل.

وما هو متردد.

ويتضح ذلك بسرد فروع المذهب.

وقال ابن يونس: إذا أوصى بدين ثم اقتضاه فأنفقه، أو أودعه، فهو رجوع، قاله ابن القاسم.

ولو أوصى بزرع، فحصده أو بثمر أو بصوف فجده[1]، ليس برجوع؛ لأنه من مصالح ذلك؛ لهلاكه بالتأخير، إلا أن يدرسه ويشيله إلى بيته فهو رجوع.

ورهن العبد ليس برجوع، وكذلك الإجارة، والأجرة للموصى له؛ لأن الرهن يكون بالعارية.

وإجارة الفضولى صحيحة، قاله مالك، وإن صبغ الثوب فهو بصبغه للموصى له، وكذلك غسله، ويحمل على زيادة فى الوصية، وكذلك تجصيص الدار، وزيادة البناء؛ لعدم تغيير الاسم عن حاله.

قال أشهب: وبناء العرصة دارا، رجوع؛ لتغيير الاسم، ولو هدم الدار حتى بقيت عرصة، فليس برجوع لأنها موصى بها ولا شىء له فى النقض.

وقال ابن القاسم: العرصة والنقض للموصى له؛ لأن الجميع موصى به.

قال: وإذا لت السويق، وصبغ الثوب، فهما شريكان بقدر الصبغ واللت؛ لأن الأصل بقاؤهما على ملكه.

قال ابن القاسم: نسج الغزل وقطع الثوب، رجوع؛ لتغير الاسم.

قال أشهب: قطع القميص قباء أو الجبة قميصا، والبطانة يبطن بها، أو الظهارة يبطنها ببطانة، أو القطن يحشى به، أو الغزل ينسج، أو الفضة تصاغ، أو الشاة تذبح - رجوع؛ لقوة هذا التصرف؛ وتغيير الاسم فى بعضها.

وإذا اشترى الموصى به قبل الموت، عادت الوصية للموصى له؛ لأن الوصية إنما تعتبر عند الموت، وإن أوصى له بعبد فى غير ماله أن يشترى له، فملكه بميراث أو هبة نفذت الوصية؛ لأن المقصود تحصيله له، ولو أعتق عبده فى مرضه، فقيل له - جهلا - لا يجوز منه إلا الثلث، فقال: أعتقوا ثلثه، هو رجوع، ولا يعتق إلا الثلث؛ لأن

---

(١) فى ط: فجزه.

الرجوع لا يتوقف على موجبه شرعا، ولو كان لا يجوز فأعتقوا ثلثه، عتق كله، قاله أصبغ.

ولو أوصى بثيابه فباع بعضها وأخلف ثيابا، أو بمتاع بيته فتكسر بعضه فأخلفه أو بسلاحه فتكسر، أو ذهب درعه فأخلفه أو بحائط فيكسر منه النخلات ويغرس غيرها، أو يزرع فيه زرعا، فذلك كله للموصى له؛ لأنه مراد الموصى، قاله مالك، بخلاف العبد يموت فيخلف غيره؛ لأنه عينه.

ولو قال: رقيقه لفلان، فأفاد رقيقا، فهو للموصى له؛ كما لو قال: إذا مت فرقيقى أحرار - عتق رقيقه عند الموت، والوصية - أيضا - لا تعتبر - أيضا - إلا عند الموت؛ لسلطنة الرجوع قبله. ولو قال: رأس من رقيقى أو من إبلى، فمات بعضهم وأخلف غيره، فالوصية فيما أخلف.

ولو قال: ثوبى الخز لفلان فيذهب ويخلف غيره، فلا شىء للموصى له؛ تنزيلًا للصفة منزلة التعيين(١).

وقال أشهب: إذا وصف ثيابه بصفتها وألوانها وأجناسها، أو رقيقه، لا يكون الخلف للموصى [له](٢) إلا أن يوافق الأول فى الاسم والجنس والصفة، نحو قوله: عبدى مبارك النوبى، وقميصى المروى ويكون الثانى مثله، فهو للموصى له.

وفرق بين الوصية والحلف بالعتق: أن الوصية له الرجوع فيها، ولو حلف بعتق رقيقه [فحنث](٣) إنما يلزمه فى رقيقه يوم الحلف، والوصية إنما تلزم يوم الموت، وقاس مالك على الحلف.

ولو قال فى وصيته: عبدى حر، وله عبد واحد، فاشترى(٤) غيره ثم مات - فالأحسن عتق نصفهما بالسهم؛ لتناول الاسم إياهما وقال محمد: لا يعتق إلا الأول؛ لتعيينه بالملك قال أشهب: لو قال: أحدهما حر، فمات أحدهما، واشترى آخر، فهما حران.

قال محمد: يعتق(٥) الثانى فقط لأنه بقية ما تناوله اللفظ.

---

(١) فى أ: التعين.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: فاشتراه.
(٥) فى ط: لا يعتق.

قال ابن القاسم: وطء الجارية ليس برجوع؛ لأن الملك إنما ينتقل عند الموت، فإذا وقف بعد الموت لتبين الحمل منه فقتلت فقيمتها للميت؛ لأنها قد تكون حاملا، واستشكله ابن عبدوس؛ لأن الأصل عدم الحمل.

قال صاحب المنتقى: قال مالك: رهن العبد والجارية ليس برجوع، ويفدى المرهون من رأس المال؛ لبقاء الاسم والصورة على ملكه، ولو أوصى بعبد بعينه ثم أمر ببيع كل عبد له:

قال ابن القاسم: كما لو تصدق بكل عبد له على رجل أو أعتق كل عبد له.

وقال ابن وهب: تبقى الوصية؛ لأن اللفظ الخاص يقدم على العام.

ومذهب ابن القاسم على مذهب (ح) أن العام المتأخر يرفع الخاص المتقدم.

قال البصرى فى تعليقه: إذا أوصى بعبد بعينه، ثم أوصى به لآخر، فهو بينهما وقاله الأئمة، وليس رجوعا عن الأول؛ لأن الوصية إنما تملك بالموت، فكأنه ملكهما فى وقت واحد.

فرع: فى المنتقى: أوصى أن يشترى عبد بثلاثين فيعتق عنه، ففعل واستحق نصفه، يخير المستحق بين إجازة البيع وأخذ نصف الثمن؛ لأنه بيع فضولى، أو أخذ النصف فيقوم على الموصى فى ماله دون الورثة؛ لإتلافه ذلك خطأ، وهو فى الإتلاف كالعمد.

وقال أصبغ: بل هو على الورثة فى ثلث الميت؛ نظرًا لأصل الإذن، وإذا قوم على الموصى وفيه فضل، رد على الورثة؛ لأنه من نماء التركة أو نقصان فعليه؛ لأنه بإتلافه؛ كما أنه إذا لم يجد البائع فالمصيبة منه.

فرع: قال: أوصى بوصايا أو بنفقة رجل عمره، فلم ينفذ ذلك حتى مات الموصى له بالنفقة - حاص ورثته أرباب الوصايا بقدر ما عاش؛ لأنه استحقه.

فرع: قال ابن القاسم: إذا قال: رقيقى أحرار، فوجدوا الثلث فأعتقوا، ثم طرأ دين وقد قسم المال - فثلثه على العبيد يقرع بينهم، فيباع الثلث للدين، والثلثان على الورثة كانوا أملياء أم لا لأخذهم مصرف الدين وهو التركة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: شهد شاهدان أنه قال: إن مت من مرضى فغلامى سعيد حر وأنه مات من مرضه، وشهد آخران إن صححت من مرضى فبدر حر، وأنه صح من مرضه - يعتق نصف كل واحد منهما؛ لتكافؤ البينتين؛ كما لو ترك ولدا

نصرانيا، وولدا مسلما، وشهدت بينة أنه مات نصرانيا، وشهدت أخرى أنه مات مسلما - يقتسمان المال.

ولو كانت إحداهما أعدل قدم عبدها(١).

وقال أصبغ: تقدم بينة الصحة؛ لإثباتها ما لم تعلمه الأخرى؛ كما لو حضرت البينتان موت المتنازع فى إسلامه فشهدا بذلك، ولم يعرف أكان قبل ذلك مسلما أم لا - حكم بأعدلهما، ولو علم أن أصله كافر، فقالت الأولى: إنه أسلم، ونفت الأخرى - قدمت الأولى؛ لاطلاعها على ما جهلته الأخرى.

فرع: فى الاستذكار: أوصى بشىء بعينه، فادعى الورثة أنه أكثر من الثلث:

قال مالك وأصحابه: يخيرون بين دفعه أو دفع جميع ثلث الميت؛ لأنه مرجع الوصايا.

وخالفه الأئمة؛ لأن الوصية ملكته ذلك بالموت فيفتقر أخذه منه للمعاوضة عليه، ويمتنع أخذه بغير رضاه.

وجوابهم لا نسلم أن الوصايا تنفذ فى غير الثلث ولا يتقرر ملك فى غيره.

قال: وأرى أن يلزم الورثة تحقيق دعواهم، فإن تحققت فهم شركاء معهم فى تلك العين؛ لأن التعيين يوجب تعلق الحق به، وإلا خيروا وهذه المسألة تعرف بخلع الثلث.

قال الطرطوشى: فلو كان له الثلث فأقل، فقال الورثة: لا نعطيه؛ لأنه ثلث الجميع، وقد يعطب بعض المال قبل جمعه فيفوز بالعين دوننا - خيروا أيضا، وإن كانت التركة كلها حاضرة عروضا وأوصى بدنانير:

قال ابن القاسم: لا يخيروا، بل تباع العروض، ويعطى.

ولو ترك مائة دينار وعروضا وأوصى بمائة، عجلت قبل البيع.

قال أشهب: كانت الدنانير معينة أم لا.

وعن ابن القاسم: إذا لم يترك إلا ثلاثة دور، وأرضا، وأوصى بخمسة دنانير - يعطوه إياها وثلث الميت، ولا يبيع السلطان من الدور بخمسة دنانير.

وإذا أوصى بمعين أكثر من الثلث، فاختيار ابن القاسم: يقطع له بثلث الميت فى

---

(١) فى ط: عبدهما.

ذلك المعين وعن مالك: ثلث الميت.

وقال (ش وح): إنما له ثلث ذلك الشيء، وهو شريك بقيمة ثلثه في التركة؛ لأن للميت أن يوصي بالثلث شائعا، وأن يعينه وينقل حق الورثة من ذلك إلى غيره من الأعيان ويسقط حقهم من الأعيان ببيعها بثمن المثل، فلم يغير وصيته فتنفذ.

ولأنه لو أعطى ثلث الميت لظلم؛ لأنه غير ما وصى له به.

ولأن خلاف ذلك يؤدي للربا، فإنه إذا أوصى له بمائة معينة فإنه يستحق ثلثها، فإذا أخذه ومعه أكثر منه صار ربا.

والجواب عن الأول: إنا نمنع أن له أن يعين الثلث في شيء بعينه إلا بإذنهم، قاله عبد الوهاب، فحقه شائع ليس في شيء بعينه، وإذا عين ما قيمته أقل من الثلث [فإنما ترك بعض حقه من الثلث][1]، ليسلم له التعيين، فإذا لم يسلم، رجع إلى ما كان من الثلث، وهو لم يرد غير هذا المعين ففي إعطائه القيمة من غيرها تبديل للوصية، وأما دفع الثلث فأدى إليه منع الورثة ما أوصى به، فلو لم يعط ذلك لم يبق له شيء.

وعن الثاني: أنكم ظلمتموه بإعطائه القيمة عن الثلثين من بقية التركة، وهو غير الموصى به.

أو نقول: الموصي تعدى في تعيين ما هو أكثر من الثلث فيرد في تعديه إلى الثلث؛ كما لو تعدى بالزيادة على الثلث، وكف[2] العدوان ليس ظلما.

وعن الثالث: أن الربا أخذ شيء ودفع أكثر منه، والموصى له وجب له أحد الأمرين، والخيار للورثة عليه فيهما؛ كسيد العبد الجاني، يخير بين إسلامه والجناية، وليس ربا.

فرع: قال الطرطوشي: قال شيوخنا: الموصى به بعد الموت موقوف، إن قبلها الموصى له أثبتنا[3] دخولها في ملكه بالموت، أو ردها ثبت أنها لم تزل على ملك الموصي [ومن أصحابنا من قال: لم تزل على ملك الميت][4].

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ط: وبقي.
(٣) في ط: تبينا.
(٤) سقط في أ.

وقال (ح) تدخل بالموت فى ملك الورثة.

فإن قيل: لم أفسخ ملك الورثة وتدخل فى ملكه من يوم القبول.

قال صاحب المقدمات: قيل: تجب بموت الموصى قبل القبول بعد الموت.

واختلف على هذا القول: إذا مات الموصى له بعد الموت قبل القبول:

قال مالك فى المدونة: لورثته القبول.

وقيل: ليس لهم، وتبطل وترجع ميراثًا قاله الأبهرى.

وقيل: تجب بنفس القول[١] دون قبول، فعلى هذا [القول][٢] وجبت للورثة وليس لهم ردها إلا على وجه الهبة لورثة الموصى إن قبلوها.

وقال (ش) يملكها بنفس الموت.

لنا: أنه عقد فيه إيجاب وقبول، فلا يملك قبل القبول؛ كالبيع.

ولأنه [باق][٣] على ملك الميت إلى الموت، والموت يمنع الملك، وملك الوارث إنما أثبته الله - تعالى - فيما عدا الوصية، فيكون موقوفًا ولا عجب فى اقتضاء القبول أثرًا قبله؛ كما لو قال: إن اخترتنى فأنت طالق قبله بشهر فاختارت - طلقت قبل ذلك بشهر.

ولو مات الموصى وارتد وارثه ولم يقبل الموصى له الوصية - رجعت للمرتد، فلو كان إنما يملك بالرد، لم يملك هذا؛ لردته، فلما ملك ههنا علمنا أن ملكه من يوم الموت.

وقد سلم الحنفية هذه الصورة.

أو نقول: مالك يشترط فيه الموت، ويتوقف على شرط بعد الموت، فليستند إلى وقت الموت؛ كالميراث، فإن التركة إذا كان فيها دين، لا يحكم فيها بالملك للورثة عندهم، فإذا أدى الغرم، استند الملك إلى وقت الموت، فكذلك إذا أوصى بعبد فلم يقبله الموصى له، ولا يلزم إذا أوصى أن يباع منه ملكه بعد الموت؛ لأن التملك[٤] بالعقد لا يتوقف [على الموت][٥].

---

(١) فى أ: القبول.
(٢) فى ط: لو كانت.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: التمليك.
(٥) سقط فى أ.

ولا يفرق بأن الميراث قهرى، والوصية تفتقر للقبول؛ كالبيع والهبة.

ولأنا نجيب بأن ملك البائع والواهب ثابت إلى قبل القبول، وملك الميت زائل بالموت، وليست الوصية[١] كالعقود؛ لأن تأخير القبول عن الإيجاب يجوز فيها عندنا بنحو الشهرين بخلاف غيرها.

احتج (ش) على دخولها بالموت من غير قبول بالقياس على الميراث بطريق[٢] أولى؛ لأن الثلث الموصى به مقدم على الورثة؛ ولأن بقاءها على ملك الميت متعذر؛ لأنه جار[٣] على ملك الورثة؛ لأن الوصية مقدمة عليهم، فتعين الموصى له.

أو بالقياس على الوصية للفقراء [والوقف][٤].

والجواب عن الأول: أن الوصية تبطل بالرد، فله اختيار فيها؛ كالبيع والهبة، والميراث قهرى فالشبه بالبيع أقوى.

وعن الثانى[٥]: منع الحصر بأن يكون موقوفا ليس على ملك أحد.

وعن الثالث[٦]: الفرق [بين][٧] قبول المحل لصدور القبول، بخلاف الفقراء والوقف على المسجد.

فرع: قال ابن يونس: تجوز الوصية للصديق الملاطف بالثلث، ويمتنع بأكثر، إلا أن يجيزوه، وإقراره له بالدين جائز إن ورثه ولد أو ولد ولد بخلاف الأبوين والزوجة والعصبة؛ لقوة التهمة حينئذ. وقال سحنون: لا تنفذ فى الثلث ولا غيره؛ لأنه لم يجعله وصية، فتخرج من الثلث، والتهمة تمنع كونه غير وصية، وإن كان عليه دين يغترق ماله، بطل إقراره للملاطف فالوصية له والكفالة عنه، قاله ابن القاسم؛ لقوة الدين وتقديمه على الإرث.

وإن أقر لفلان عنده مائة دينار، والمقر يرثه ولده، كانت من رأس المال؛ لعدم

---

(١) فى ط: بالوصية.
(٢) فى أ: بل بطريق.
(٣) فى ط: جماد.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: والجواب عن الثانى.
(٦) فى ط: والجواب عن الثالث.
(٧) سقط فى ط.

التهمة؛ لفرط الشفقة على الولد، أو كلالة بطل إقراره ولو صدقه فلان أو ورثة، جاز إقراره أو كذبوه، بطل إقراره، لقوة التهمة بالتكذيب.

قال شارح الجلاب: تجوز الوصية للملاطف بشرطين: عدم الدين لأجنبى.

وأن يرثه بنوه الذكور أو الذكور و الإناث.

فمتى فقد أحدهما بطلت الوصية؛ للتهمة.

وإذا ورثه إناث، أو إناث وعصبة، أو أبوه، اختلف الجواب والسقوط و [أبطل][(١)] ابن القاسم الإقرار إن ورثه أبواه أو العصبة.

واختلف إذا بطل مع العصبة، هل يجوز إذا حمل ذلك الثلث؟ لأنه لو شاء جعله وصية؟

أو يرد؛ لأنه لم يرد به الثلث؟ وحيث أبطلنا الإقرار: إن صح صحة بينة [ثم مات][(٢)]، ثبت الإقرار؛ لأنه لم يخرجه مخرج الوصية، وإذا صح، انتقل إلى رأس المال.

قال الطرطوشى: الإقرار فى مرض الموت للوارث بالدين، يصح إن لم يتهم، وإلا فلا؛ كما لو ورثه ابنة وابن عم فأقر له، صح، أو لها، فلا؛ للتهمة فى الإزواء عنه.

وقال (ح): يمتنع إقراره فى الموضعين ولا يصح.

وعند (ش) قولان: يصح فى الموضوعين.

يبطل فيهما.

نظرا إلى أن المرض هل يؤثر فى الإقرار ويجعله كالإنشاء؟ أم هو كحالة الصحة؟ ونحن نعتبر مع ذلك قوة التهمة؛ قياسا على الشهادة.

ولأن المرض حالة تمنع التبرع فتؤثر فى الإقرار؛ كالجنون والصبا أو نقول: موجب المال لوارث لا يعلم إلا من جهته مع التهمة فيبطل، كالهبة، وإن كان هبة، الزائد على الثلث، لا يجوز للأجنبى، ويصح الإقرار به، فكذلك[(٣)]؛ لقوة التهمة ههنا بخلاف الأجنبى.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: فذلك.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] وشهادة الإنسان على نفسه كإقراره؛ وإذا وجب عليه الاعتراف وجب العمل به علينا؛ قياسا على الشهادة.

ولأنه يصح إقراره بالوارث فيصح له كالصحيح؛ لأن الإقرار بالوارث يتضمن الإرث والنفقة وغيرهما من الماليات والإضرار بالورثة، فالإقرار بمجرد المال أولى.

ولأن قبول الإقرار فى المرض أولى من الصحة؛ لأنه(١) حال اضطرار للقدوم على الله - تعالى - فهو أحوج وأبعد عن الكذب.

أو نقول: صح إقراره للأجنبى فيصح للوارث كالصحيح عكسه المجنون أو(٢) المحجور عليه.

والجواب عن الأول: لا نسلم أن ما وجب إظهاره وجب العمل به؛ لأن الفاسق(٣) تجب عليه الشهادة بما يعلمه ولا يجب العمل بها؛ وكذلك السفيه والعبد يقران بما عليهما.

وعن الثانى: أن الإقرار بالوارث لا يجوز مع التهمة فلو لم يكن له وارث وله عبد من بلد لم يدخله السيد، فأقر أنه ولده لميله إليه امتنع، ثم الفرق بأن الإقرار بالنسب، المال فيه تبع ومفاسده عظيمة على تقرير كذبه من تزويج البنات والدخول عليهن وحجب كثير من الورثة، وانتشار هذه المفاسد إلى قيام الساعة، فتضعف التهمة.

وعن الثالث: لا نسلم أنه يلزم من مزيد حاجته للإقرار قبولنا نحن له؛ كما تقدم فى الفاسق والمحجور.

وعن الرابع: نقول بموجبه؛ حيث لا تهمة كما فى حد القذف، ثم الفرق: أن الأجنبى تجوز هبته له فى الثلث بخلاف الوارث.

فرع: قال صاحب المقدمات: الوصية خمسة أقسام.

أحدها ما يجب تنفيذه، وهو ثلاثة أنواع: ما فيه مثوبة وقربة وفى تركه حرج؛ كالزكاة والكفارات.

---

(١) فى ط: لأنها.
(٢) فى ط: و.
(٣) فى أ: القاسم.

أو مثوبة بلا حرج كالصدقة.

وما يختلف فى كونه قربة.

وثانيها: ما يحرم تنفيذه؛ كالمحرمات.

وثالثها: ما يختلف فى وجوب تنفيذه. وهو نوعان: ما يختلف فى كونه قربة على مذهب من يراه؛ كالوصية بالحج، أوجب مالك وأكثر أصحابه التنفيذ، ولم يوجبه ابن كنانة.

والنوع الثانى: أن يوصى بما لا قربة فيه؛ كالوصية ببيع ملك، قال: وانظر هل يأتى على هذا اختلافهم فى الوصية بسرف فى الأكفان[1] والحنوط؟ فقد جعله سحنون من الثلث، وأبطله مالك وابن القاسم.

ورابعها: ما لا يلزم تنفيذه، وهو نوعان: الوصية للوارث، وما زاد على الثلث.

وخامسها: ما لا ينبغى تنفيذه: وهو الوصية بالمكروه؛ كاللهو [فى عُرس][2]؛ مما استخف بترف ينبغى عدم تنفيذه مع جواز تنفيذه.

* * *

(١) فى ط: الإنفاق.

(٢) سقط فى أ.

القسم الثانى من الوصية:
فيما يفيد ولاية التصرف للغير

وفيه بابان:

الباب الأول

فى أركانه، وهى أربعة

الركن الأول: الموصى:

وفى الجواهر: هو كل من كانت له ولاية على التصرف على الملك أو الأطفال؛ كالأب والوصى دون الأم، وروى تصحيحها فى اليسير؛ كالخمسين دينارًا أو نحوها.

قال ابن القاسم: وذلك من مالك استحسانا وليس بقياس.

قال: وذلك عندى فيمن ليس له أب ولا وصى.

ومنعها أشهب؛ لعدم الولاية فى الحياة التى تستفاد منها الولاية بعد الوفاة للغير.

وفى الكتاب: للمرأة أن توصى فى مالها وإنفاذ وصاياها ووفاء ديونها؛ قياسا على الرجل، وإن لم يكن عليها دين فلا توصى بمال أولادها الأطفال؛ لعدم الولاية لها فى الحياة إلا أن تكون وصية الأب وإلا امتنع إذا كان المال كثيرا، وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيرا نحو ستين، فيجوز فيمن لا أب لهم ولا وصى.

نظائر: قال العبدى: مسائل الخمسين إلى الستين خمس: الحيازة على الأقارب، واختلف فى إلحاق الأصهار والموالى بهم.

وتعنيس البنت وقيل: أربعون وقيل: ثلاثون.

والأربعون إلى الخمسين قراضا فيها النفقة والكسوة وكذلك البضاعة.

والخمسون ثمن الرابغة ووصية الأم.

فرع: فى الكتاب: لا تجوز وصية الجد والأخ؛ لعدم الولاية؛ وإن لم يكن له أب ولا وصى وإن قل المال، إلا أن يكون وصيا، بخلاف الأم.

وقال (ش): الجد كالأب؛ لاندراجه فى آية الميراث فى قوله - تعالى -:

﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وتحريم المصاهرة فى قوله ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢] والجواب لا نزاع أنه أخفض رتبة منه فى الحجب؛ لأنه لايحجب الإخوة الأشقاء، والأب يحجبهم، والأصل: عدم الولاية على الغير(١) خالفنا الأصل بالأب الذى هو أعلى رتبة وأتم شفقة، فيبقى فيما عداه على وفق الأصل، وليس فى الجد نص فيتبع، والقياس لهذا الفارق مندفع.

ومنع (ش) نفوذ وصية الأم والأب الفاسق.

الركن الثانى: الوصى.

وفى الجواهر: شروطه أربعة: الشرط الأول: التكليف، فلا يصح للمجنون وللصبى؛ لعدم الأهلية لتحصيل مصالح هذه الولاية، وكل مسلوب الأهلية فى ولاية لا تنعقد له.

الشرط الثانى: الإسلام.

فيعزل الكافر، ولو ولى، وإن كان ذميا، خلافا لـ (ح) لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ [التوبة: ٧١].

وهى صيغة حصر، فلا يتولى المسلم غير مسلم.

قال ابن القاسم فى الكتاب: قد منع مالك المسخوط، والذمى أولى.

وعن ابن القاسم: إلا أن يرى الإمام لذلك وجها.

وعن مالك: كراهة اليهودى والنصرانى، والجواز - أيضا - إن كان قريبا؛ كالأب، والأخ، والخال، والمولى، والزوجة، ومن يرى له حسن النظر للولد من أقاربه، أو أوليائه، ويجعل معه غيره، ويكون المال بيد المجعول معه، بخلاف أباعد القرابة لأن مقصود الوصية ضبط المصلحة المولى عليها، فالوصى كالوكيل.

وتجوز وكالة الكافر - اتفاقا - غير أن الموصى مفقود لا يتعقب من ولاه بخلاف الموكل؛ فلذلك شدد فى الوصى.

قال ابن يونس: تجوز وصية الذمى للذمى؛ لأنه مثله.

قال محمد: ولا يوصى ذمى لحربى، ولو كان مستأمنا، قاله أشهب، ولو أوصى الحربى للمستأمن، جاز لأنه أفضل منه، وتجوز وصية الحربى والذمى للمسلم.

---

(١) فى أ: العين.

الشرط الثالث: العدالة.

وفى الجواهر: فى الكتاب: لا يوصى لمن ليس بعدل؛ لأن العدالة وازع عن الفساد، فعدمها يبطل الولاية.

وقال ابن حبيب تصح الولاية[١] للفاسق، ويزيلها الحاكم منه، فإن صار عدلا نفذ تصرفه.

قاعدة: المصالح الشرعية ثلاثة أقسام:

ما هو فى محل الضرورات.

وما هو فى محل الحاجات، وما هو فى محل التتمات.

فالعدالة: ضرورية فى الشهادات؛ لعموم البلوى، وعظم مفسدة شهادة الزور.

وفى محل الحاجات، الوصية لحاجة الإنسان؛ لوثوقه بوصيه بعد موته، والفاسق خائن لربه[٢] فلعباده أولى.

وفى محل التتمات: فى ولاية النكاح وهو أخفض رتبة؛ لأن وازع القرابة يقوم مقام العدالة فى دفع العار، والسعى فى الإضرار ولكن القرابة مع العدالة أتم على الخلاف فى ذلك، ولا تشترط فى الأقارب إجماعا؛ لأن الإقرار على خلاف الوازع الطبيعى، فاكتفى بالطبع عن العدالة، فإن الإنسان مجبول على جلب النفع لنفسه ودفع الضرر عنه، فلا يعدل عن ذلك إلا لما هو حق فى ظاهر الحال، وقد تقدم بسط هذه القواعد فى القياس من مقدمة الكتاب.

فرع: قال ابن يونس: قال محمد: لا يوصى لمأبون؛ لأن الأبنة: داء فى الدبر يشعر بسوء الحال.

وجوز ابن القاسم، وأشهب: المحدود فى القذف، إذا كان ذلك منه فلتة، وهو مرضى الحال، وكان يوم حد غير مسخوط، فإن السباب ربما صدر من العدول والصلحاء نادرًا ولا يخل ذلك بحالهم فى العادة، بخلاف الزنا وغيره لا يقدم عليه إلا السفلة إلا أن يتوب ويحسن حاله، قال اللخمى: إذا رضى[٣] غير عدل فادعى ضياع [المال][٤]، لم يصدق إذا كان غير مأمون، والوصية لغير العدل تجوز بما

(١) فى ط: الوصية.
(٢) زاد فى ط: لفساده.
(٣) فى ط: وصى.
(٤) سقط فى أ.

يخص الميت؛ كالوكالة، نحو الوصية بالثلث أو العتق أو بشىء فى السبيل.

فرع: قال: إذا لم يكن الوصى وارثا، لم يكشف الورثة عن شىء إلا فيما يبقى للورثة منفعته، مثل ولاء العتق، إلا أن يكون الوصى سفيها سارقًا فيكشف عن ذلك كله - فرب وصى لا ينفذ من الوصية شيئا، وإن كان الوصى وارثا، فلباقى الورثة الكشف عنه؛ لاحتمال الإزواء لنفسه فتكون وصية لوارث.

الشرط الرابع: فى الجواهر: الكفاية، والهداية فى التصرف، دون الذكورة والحرية؛ لأن الجاهل بتنمية الأموال وتفاصيل أحوال الناس ربما أفسد أكثر مما يصلح وقد يكون الإنسان يصلح لقضاء الإقليم، وهداية أهلة بالفتيا، وهو لا يصلح للتصرف فى يسير المال ولا كبيره، فلا يغتر بظاهره حتى يثبت أهليته.

قال اللخمى: يجوز للعبد المأمون الكافى كان ملكا للميت أو لغيره إذا رضى سيده ولم يخف عليه السيد على ما فى يديه؛ لأنه صحيح التصرف، وإنما حجر عليه لأجل سيده، فإذا أذن سقط حقه.

قال أشهب: إن سافر سيده أو مشتريه، جعل الإمام وصيا غيره، والمعروف من قوله: أن للعبد أن يقيم مقامه؛ كالحر.

وإذا أوصى ببنيه الصغار لعبده، فطلب الكبار [بيع][1] أنصبائهم من الغلام خاصة، جاز، ويبقى الغلام على حاله، أو بيع الجميع خشية البخس[2] بالتجار جاز، عند مالك إلا أن يرى أن أخذ بقيته حسن، نظرًا للأيتام، أو يدفع للشركاء بقدر ذلك البخس فلا يباع على الصغار أنصباؤهم؛ لأنه مالهم أصلح لهم.

وفى الكتاب: إذا أراد الأكابر بيع نصيبهم، اشترى الأصاغر، إن كان لهم مال يحمل ذلك، وإلا إن أضر بهم بيعه، باع الأكابر حصتهم خاصة، إلا أن يضر ذلك بالأكابر، فيقضى على الأصاغر هنا للضرر.

قال صاحب النكت: [قال بعض الشيوخ][3]: إذا بيع - كما قال فى الكتاب - انفسخت وصيته فى البيع؛ لعدم تمكنه من مصالح الوصية.

فى مختصر حمديس: لمشتريه فسخ الوصية، إن كانت تشغله وتضر به قال: وفيه

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: النجس.
(٣) سقط فى أ.

نظر.

وفى كتاب ابن حبيب: إذا بيع جميعه انفسخت الوصية؛ لأنه إنما أوصى له بناء على بقائه على ملكه.

قال صاحب البيان: قال مالك إذا أوصى لعبده فأراد أحد الورثة بيع نصيبه - أعطى نصيبه من مال المولى عليهم بقيمة العدل ليخلص لهم؛ كما لو أوصى بعتق[١]، فإن كان فى التقويم على الأصاغر ضرر أو ليس لهم مال، بيع نصيب الأكابر وبقى نصيب الأصاغر ينظر لهم فى آبائهم.

فإن كان على الأكابر ضرر فى التقويم على الأصاغر، يباع وتفسخ الوصية.

وقال سحنون: إنما يكون العبد وصيا عليهم إذا استوت كلفتهم، أما أحدهم له مال دون غيره فلا؛ لأن المنفعة ينبغى أن تكون على قدر الأملاك.

قال سحنون: وإذا كان فيهم كبير فهى وصية لوارث، إن أجازها الكبار، وإلا بطلت.

وقول مالك أصح، إذا قلنا: أنه إنما يحرم[٢] الأصاغر فى آبائهم قال ابن كنانة: إن وافق الأكابر على عدم اشتماله على الأصاغر، وإلا اشترى للأصاغر نصيب الأكابر، تنفيذا للوصية.

قال أشهب: تجوز الوصية للمكاتب، والمدبر، وأم الولد، والمعتق بعضه، والمعتق إلى أجل، ومنع سحنون المعتق إلى أجل، إلا أن يرضى الأكابر؛ لأنه يشتغل عن خدمتهم.

قال أشهب: وإذا أوصى بعبد غيره وأجاز السيد، ليس له الرجوع.

وقال (ح): توقف الوصية لعبد الغير على إذن سيده كما قلناه - وأما عبد نفسه وفى الورثة كبير يلى نفسه، لم يصح وإلا صح.

لنا: القياس على الحر بجامع العدالة وحسن النظر فى تحصيل المصلحة.

وقياسا على الوكالة، ولا يلزم الكافر؛ لأن نظره عام فى تعليم القرآن وغيره من آداب البدن وهو متعذر من الكافر.

---

(١) فى ط: بعتقه.

(٢) فى أ: يخدم.

احتجوا بالقياس على الشهادة.

وبقوله - تعالى -: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] فلا يقدر على التصرف الخاص.

والجواب عن الأول: أن شهادته له مظنة التهمة.

وعن الثانى: أن المراد: ضرب المثل للكافر بأن الأصنام ملكهم وهم لا يقدرون على شىء، فالعبد يقدر على الخدمة إجماعا.

الركن الثالث: الموصى به:

وفى الجواهر: هو التصرف المالى فى قضاء الديون وتفريق الثلث، وصغار الولد بالولاية عليهم، وبنكاح كبار ولده.

ومنع (ش) تصرف الوصى فى إنكاح البنات؛ لأن الأب جعلت له الولاية حالة الحياة لمعنى فيه، وهو مزيد الشفقة، فإذا مات انقطعت ولايته، فلا حق له بعد الموت يوصى فيه، بخلاف ثلثه والنظر المالى.

لنا: أنه حق كان له حالة الحياة فيوصى به بعد الموت؛ قياسا على المال وعلى الوكالة فيه حالة الحياة.

الركن الرابع: الصيغة:

وفى الجواهر هى الصيغة الدالة على تفويض الأمر إليه بعد موته، نحو وصيت إليك، وفوضت إليك أمر أموالى وأولادى، أو: أسندت أمرهم إليك، أو: أقمتك مقامى، ونحو ذلك. وإطلاق لفظ «الوصية» يتناول النوعين وجميع الحقوق، والتخصيص يقتضى الاقتصار على المذكور.

وأما إن أوصى بنوع ولم يذكر أنه مقصور عليه، بل سكت:

فروى ابن القاسم: التخصيص به؛ لأن الأصل المنع حتى [يتحقق الإذن][(١)]، وقاله (ش).

وروى ابن عبد الحكم: إذا قال: أنت وصيى فى هذا لأحد النوعين، أو لشىء مما يدخل تحت أحدهما، فهو وصيه فى كل شىء؛ كما لو أطلق. أما لو أوصى لأحد وصيين بأمر خاص، نحو [قضاء الدين ولآخر بأمر خاص نحو: النظر فى أم

---

(١) فى ط: يتفق الآذن.

ولده][1] فليس لأحدهما النظر فيما جعل للآخر - اتفاقا - لأن أحد الشخصين قد يصلح لما جعل له دون غيره، وقد عين غيره لغير ما عين له، فكان كالعزل عنه، بخلاف الأول.

وقال (ح): إذا أوصى بمخصوص عم، ولو نهاه عن غيره، ولو عين لوصيين كل واحد نوعا لكل واحد التصرف العام فيما بيد صاحبه وغيره، ولو وصاه بدين بعض الأولاد، عم نظره الأولاد، وناقض؛ فإنه لو وصى برد الودائع والغصوب والعوارى، اختص.

وأصل المسألة: أن الوصية هل هى وكالة تقبل التجزئة أو خلافة وولاية فلا تتجزأ؟ لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ [البقرة:١٨١] وقياسا على الوكالة فى الحياة.

ولأنه يملك التزويج بالوصية ولا يملك بالخلافة التزويج فدل على أنها وكالة لا خلافة وإمامة.

وقياسا على ولاية الحاكم[2] إذا خصصت، اختصت.

احتجوا على أنها ولاية لا نيابة بأن النيابة تختص بما يملكه المستنيب والميت[3] لا يملك التصرف؛ ولهذا إذا جن الموكل بطلت الوكالة؛ لعدم أهلية الموكل، ولأن الوكالة لا تعتبر فيها العدالة بخلافها فتكون ولاية لا نيابة.

ولأن الوصى يتعذر عزله إلا بالخيانة والوكيل يعزل مطلقا، ولو جن الوصى لا ينعزل بخلاف الوكيل ولأنها لا تثبت إلا على عاجز، بخلاف الوكالة.

ولأنه يملك أن يوكل بخلاف الوكيل؛ ولأن الشرع لو نص على شيء وسكت عما عداه، عم؛ فكذلك ههنا.

ولأنه تصرف بولاية فلا يختص كالأب.

ولأنه يستفاد بالموت، فلا يتجزأ كالميراث ولأن قوله[4]: أنت وصيى، يعم، فقوله: فى قضاء دينى تأكيد[5].

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: الحكم.
(٣) فى ط: فكيف.
(٤) فى أ: ولا بقوله.
(٥) فى أ: بالبر.

والجواب عن الأول: أن الموت لا ينافى صحة الإذن ونفوذ التصرف؛ كقوله: أنت حر بعد موتى إن دخلت الدار، يعتق.

والفقه: أن التصرف المعلق قبل الموت لا ينافيه الموت، بخلاف المعلق على الحياة، ولا تزول ولاية الميت إلا فيما لم يستبقه أما ما استبقاه فلا.

وإن قال: اعتقوا عنى هذا، بقى على ملكه بعد الموت حتى يعتق.

وعن الثانى: أنها ثابتة فى حق الغير، والنيابة فى حق الغير تشترط فيها العدالة.

وعن الثالث: أنها تبطل بالقاضى يعزل بغير جناية، ثم الفرق: أن الميت يتعذر منه العزل بخلاف[1] الموكل وعن الرابع[2]: أن الوصى ليس نائبا عن الطفل، والوكالة تكون على العاجز والجاد[3] وعن الخامس: أن للوكيل أن يوكل فيما لا يتولاه بنفسه وههنا هو عاجز بعد الموت فيوصى.

وعن السادس: أن الشرع إذا نهى عن شىء لا يندرج فيما أذن فيه، وأنتم تقولون ههنا، فحديث الشرع حجة عليكم.

وعن السابع: أن تصرف الأب بالولاية - وشأنها عدم الاختصاص - كالخلافة والإمامة العظمى، والوصية ولاية خاصة... تخصص فيه كصيغة الإطلاق فى الوصية والنزاع فى التخصيص.

وعن الثامن: أنه لو قال: أنت وصيى فى كذا ولست وصيى فى كذا، عم ثم ينتقض ذلك بالوكالة فإنه لا تعلم مع وجود غير ما ذكرتموه.

فرع: فى الكتاب: فلان وصيى على كذا لشىء عينه، اختص بما سماه، أو على قبض ديونى وبيع تركتى، أحب إلى ألا يزوج بناته حتى يرفع للسلطان فإن لم يرفع رجوت أن يجوز. ولو قال: فلان وصيى حتى يقدم فلان فيكون وصيى، جاز.

قال صاحب النكت: إن قدم فلم يرض أو مات فى غيبته، بقى الأول على وصيته؛ لأنه مغيا بغاية لم تحصل.

قال التونسى: الأمر كذلك فى الموت، أما إن قدم فلم يقبل، فظاهر الأمر[4]

---

(١) فى ط: الموت.

(٢) فى ط: الركن الرابع.

(٣) فى ط: والجماد.

(٤) فى أ: اللفظ.

سقوط الوصية؛ لتعليقه[١] على الغيبة، وقد قدم، إلا أن يكون المفهوم إذا قدم وقبل.

قال اللخمى: قال أشهب: إذا مات فى غيبته، لا وصية للحاضر وينظر السلطان؛ لأنه مقتضى فعل الميت.

قال ابن يونس: إذا قال: على قبض ديونى وبيع تركتى:

قال أشهب له أن يزوج بناته ولا يرفع السلطان؛ لأن الناس إنما يقصدون بهذه الألفاظ التنبيه على أصل الوصية، لا سيما وهى تقع فى الأمراض وأوقات الضرورات المانعة من استيفاء العبادات.

قال مالك: لو أوصى بميراث ابنته فلانة الصغيرة أن يرفع إليه، له تولى بضعها، وحسن رفعه للإمام.

* * *

(١) فى ط: لإيقافه.

الباب الثانى

فى الأحكام

وفى الكتاب: يجوز للوصى أن يوصى غيره عند موته ويكون بمنزلته فى النكاح وغيره، وقاله (ح) وقال (ش): ليس له أن يوصى؛ كما لا يوكل الوكيل، ولا يودع المودع، ولا يقارض المقارض وجوابه: أن المفوض فى هذه الصور لم يرض[(١)] بغير الأول. وفى الوصية فوض[(٢)] إليه مطلقا.

ثم الفرق: أن فى تلك الصور أن المفوض حى يمكنه نيابة الغير بحسن نظره فلا ينفذ نظر غيره، وهو ههنا ميت عديم النظر، فلو لم يثبت نظر الموصى من قبله لضاعت المصالح، وله أن يقدم فى مصالحه عموما، فتكون له النيابة؛ كالإمام. بل ههنا أولى؛ لأنه موصى من جهة الموصى.

قال يحيى بن سعيد: فإن كانوا ثلاثة فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه لغير شريكيه فى الوصية، جاز؛ لما تقدم.

وأباه سحنون؛ لأنه استقلال بالتصرف، ومقتضى الشركة عدمه.

قال ابن يونس: قال سحنون: لا يوصى أحدهم لأحد بل للحاكم جعل رجل مع الوصيين بدل الميت، أو يقرهما منفردين.

فرع: فى الكتاب: إذا قبل فى حياة الموصى، ليس له الرجوع بعد موته، بخلاف الوكيل له عزل نفسه؛ لأن الموت يمنع من استدراك المصلحة.

وقاسه (ش) على الوكيل.

والفرق ما ذكرناه قال التونسى: له الرجوع ما لم يمت الموصى.

وعن أشهب: ليس له، وكأنه وهب منافعه ونظره للأطفال للبلوغ والرشد، والواهب لا يرجع فى هبته.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن قبلها بعد موت الموصى، أو صدر منه ما يدل على رضاه؛ كالبيع ونحوه، لزمته، وإن امتنع من قبولها فى حياته وبعد مماته، ليس

---

(١) فى ط: لم يوصى.
(٢) فى أ: يوصى.

له القبول، إلا أن ينصبه[١] السلطان لحسن[٢] نظره.

قال أصبغ فى الرجل يجعله السطان ينظر لليتيم: ليس له العزل، عزل ذلك السلطان أم لا؟ إلا أن يزيله السلطان على وجه النظر.

وخالفه أشهب؛ فإنها نيابة وليست وصية.

قال ابن وهب: إذا أوصى لرجل بوصية وبما هو وصى فيه، فقيل وصيته فى نفسه دون ما هو وصى فيه فللإمام أن يلى أمر الأول، لعدم وصى.

وقال أصبغ[٣]: يقبل الجميع أو يتركه؛ لأن الجميع متعلق بمن وصاه.

قال اللخمى: ليس للوصى الرجوع إلا أن تطول مدة السفه بعد البلوغ؛ لأنه لم يلتزم النظر إلا إلى الوقت المعتاد.

وفى الجواهر: الوصية عقد جائز قبل الموت لا بعده، فللموصى عزل الوصى، وللوصى عزل نفسه بعد القبول قبل الموت، وظاهر إطلاق عبد الوهاب وابن الجلاب: منعه من الرجوع بعد القبول مطلقا إلا أن يعجز أو يكون له عذر فى تركها.

وقال ابن القاسم: إن لم يقبلها قبل الموت، فله الرجوع، وخالفه أشهب، فإن امتنع من القبول قبل الموت وبعده، فليس له بعد قبولها إلا أن يجعلها له السلطان؛ لإعراضه عن العقد بالكلية فيفتقر إلى إنشاء إيجاب.

فرع: فى الكتاب: يجوز قبول المسلم وصية الذمى، إذا لم يكن فى تركته خمر أو خنزير وأمن من إلزامه الجزية.

فرع: فى الكتاب: ليس لأحد الوصيين بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غير ذلك دون صاحبه إلا أن يوكله؛ لأن الموصى لم يرض بنظر أحدهما.

فإن اختلفا نظر السلطان، ولا ينقسم[٤] المال بينهما؛ لأنه خلاف نظر الموصى، ولكن عند أعدلهما، فإن استويا فى العدالة، فعند أتقاهما، ولو اقتسما الصبيان، فلا يأخذ كل واحد حصة صبيانه، ولا يخاصم أحدهما غريما إلا مع صاحبه، فإن ادعى

---

(١) فى ط: ينصه.
(٢) فى أ: ولحسن.
(٣) فى ط: أشهب.
(٤) فى ط: يقسم.

أحد على الميت، وأحدهما حاضر، خاصمه، ويقضى له وللغائب على حجته للميت إذا قدم.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا اقتسما الوصية والمال ضمناه، لتعديهما، فإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه حين أسلمه إليه؛ لتعديه.

وقال أشهب: لا يضمنا لأن الموصى علم أنه لا بد أن يليه أحدهما.

قال اللخمى: إذا تصرف أحدهما وأراد الآخر رد فعله، رفعه للسلطان، فإن رآه صوابا أمضاه، وإلا فلا، فإن فات المشترى بالبيع، فعلى البائع الأقل من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن، فالسلعة له، ويغرم الثمن.

قال أشهب: إلا فى الشىء التافه الذى لا بد لليتيم منه، مثل: إن بعثه أحدهما يشترى للآخر طعاما وكسوة لليتيم وما يضر به تأخيره.

وعن مالك: إذا اختلفوا فى المال، طبع عليه، وجعل على يد غيرهم؛ لأنه قد يريد أحدهما لعدالته، والآخر لكفايته، والآخر لرأيه.

وقال ابن زياد: إن تشاحوا، اقتسموه؛ لأنهم أولى من الأجنبى. وإن مات أحدهما من غير وصية، لم يكن للحى التصرف وحده، وينظر السلطان إما [أن يقره][(١)]، أو يشرك معه غيره.

فإن مات عن وصية وجعل معه لغيره النظر للحى وحده ورضى الحى بذلك، جاز، وكذلك: إن أقام آخر معه ووافقه عليه الحى، جاز، من غير مؤامرة حاكم، وإن خالفه رفع للسلطان فيثبته معه وإن كره، أو يعزله ويقيم غيره، أو يقره وحده إن رضى الحى؛ لأنه يقول لم ألتزم النظر وحدى؛ وكذلك: إن مرض أحدهما أو سافر، لم يلزم الآخر النظر وحده، ويحرم اجتماع رأيهما على نظر هذا وحده، أو على آخر يكون مع المقيم، أو الصحيح، فإن رأى ذلك المسافر وحده أو المريض وخالفه الآخر، نظر السلطان؛ وكذلك إن لم ينظر المسافر أو المريض فى شىء من ذلك، فعلى الآخر الرفع للسلطان[(٢)].

وفى الجواهر: إذا أوصى لرجلين، نزل[(٣)] الإطلاق على التعاون، إلا إذا صرح

---

(١) فى ط: لغيره.
(٢) فى ط: إلى السلطان.
(٣) فى أ: ترك.

بالاستقلال، وإذا لم يثبت الاستقلال فمات أحدهما، استقل الآخر، إلا أن يخشى عجزه فيقام معه غيره؛ وكذلك إذا لم يكن ظاهر العدالة، استظهر معه بغيره، وإذا أوصيا جميعا عند الموت [بما][1] إليهما، صح، ومهما اختلفا فى التصرف، أو حفظ[2] المال تولى الحاكم المتنازع فيه.

فرع: فى الكتاب: لا يبيع الوصى عقار اليتامى، ولا العبد الذى يحسن القيام بهم، إلا أن يكون لبيع العقار وجه، نحو: الغبطة فى الثمن، أو لا كفاية فى غلته، أو حاجة للنفقة، ولا يشترى لنفسه من تركة الميت، ولا يوصى فى ذلك؛ للتهمة فى المحاباة؛ فإن فعل تعقبه الإمام.

وأرخص مالك فى حمارين من حمر الأعراب قيمتهما ثلاثة دنانير، اجتهد فيهما - له أخذهما بالعطاء؛ لقلة الثمن.

قال صاحب التنبيهات: قوله: «إذا اشترى لنفسه نظر السلطان»، ظاهره ينظر الآن، فإن لم يكن فيه فضل نظر يوم البيع بالقيمة والسداد.

قال عبد الملك: ينظر فيه يوم الشراء.

قال ابن يونس: [قال مالك][3]: لا يباع الربع إلا فى ثلاثة أوجه:

دين على الميت، أو حاجة لهم، أو خوف الخراب؛ لأن العقار مأمون ينتفع به على وجه الأبد، فتبديله بالنقد[4] مفسدة.

وقال بعض أصحابنا: للأب بيع عقار ابنه الصغير بخلاف الوصى، لمزيد الشفقة؛ كما يزوج الصغير دون غيره، ولا يهب الوصى ربع الصبى للثواب؛ لأنه بيع؛ ولأنه لو فات عند الموهوب لم يكن عليه إلا القيمة، وللأب هبة مال ولده للثواب؛ لما تقدم.

قال ابن يونس: الوصى العدل - كالأب - يجوز له ما يجوز للأب؛ لأنه خليفته، ولا يبيع الأب العقار إلا على وجه نظر.

قال ابن بشير: لا يوكل الحاكم من يبيع مال اليتيم إلا بعد ثبوت سبعة شروط:

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: حط.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى أ: بالعين.

يتمه، وأنه ناظر، وحاجته، وأنها لا تندفع إلا بالبيع، وأنه ملك اليتيم لم يخرج عن يده، وأن المبيع أحق ما بيع عليه، وحصول السداد فى الثمن وليس للوصى بيع عقار اليتيم إلا لأحد ستة أوجه: الحاجة، والغبطة فى الثمن الكثير، أو بيعه لمن يعود عليه بنفع، أو له شقص فى دار لا تحمل القسمة فدعاه شركاؤه إلى البيع أو دار واهية ولا يكون له ما يقوم به، أو له دار بين أهل الذمة.

قال اللخمى: ينفق الوصى بحسب كثرة المال وقلته، ولا يضيق على من ماله كثير، بل نفقة مثله وكسوته، ويوسع عليه فى الأعياد، ويضحى عنه من ماله، إلا أن يضر ذلك بماله، وينفق عليه فى ختانه وعرسه، ولا حرج على من دعى فأكل؛ لأن هذه الأمور تصرف الرشاد؛ والحاجة داعية إليها عادة وشرعا.

ويضمن ما أنفق فى ذلك وغيره من الألفاظ ويجوز أن يدفع له من النفقة نحو الشهر، فإن خيف منه الإتلاف فيوم بيوم، ويجوز أن يتجر له، وليس عليه ذلك؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] مفهومه: أن ما ليس بأحسن لا يجوز، وما هو أحسن يجوز وله إعطاء ماله قراضا؛ لأنه من سداد العقلاء، وأن يسلم له، ويداين، ولا يسلف ماله؛ لأنه معروف لا تنمية فيه، إلا أن يتجر له فيسلف اليسير مما يحتاج إليه مع الناس، وله السلف إذا رأى ذلك؛ نظرا لتغير السوق فيما يباع له، أو نحو ذلك، وتكون المداينة معلقة بعين ذلك المال.

قال ابن يونس: قال مالك: ويحج به قبل البلوغ؛ لأنه تحصيل أجور مطلوبة للعقلاء، وله إحجاجهم بعد حجة الإسلام بعد البلوغ(١)، ويزكى مال اليتيم، ويخرج عنه وعن عبده زكاة الفطر، ويضحى عنه.

قال أبو محمد: وهذا إذا أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس.

وفى الجواهر: له إبضاع مال اليتيم برا وبحرا.

ومنع أشهب أن يكون هو عامل؛ قياسا على بيعه من نفسه بجامع التهمة.

وأجازه غيره بما يشبه قراض مثله؛ كشرائه له.

وكل ما فعله على وجه النظر، جاز، أو على غير وجه النظر، لا يجوز.

---

(١) فى ط: بلوغهم.

ولا ينبغى(١) أن يشترى مما تحت يده شيئا؛ للتهمة، إلا أن يكون البيع فى ذلك بيع السلطان فى ملأ(٢) الناس.

وقال ابن عبد الحكم: لا يشترى، ويدس من يشترى إذا لم يعلم أنه من قبله.

ومنعه ابن القاسم فى الكتاب، إلا بإذن الإمام.

ولا يقسم على الكبار إذا كانوا أغنياء حتى يأتى السلطان؛ لاحتمال التلف، وأجازه أشهب فى غيبتهم(٣)، ورده سحنون.

قال ابن القاسم: ولا ينبغى أن يقسم على الأطفال، ولكن يأتى السلطان فيقسم عليهم، فإن لم يأته وفعل، جاز إذا عدل(٤)، وإذا قضى لبعض الغرماء من التركة، وبقى ما يفى ببقية الدين، جاز، فإن تلف باقى المال فلا شىء لباقى الغرماء عليه ولا على الذين أخذوه، فإن قضى الغرماء جميع المال ثم أتى غريم وكان عالما به، أو كان الميت موصوفا بالدين، ضمن ما كان يحصل له فى المحاصة؛ لتفريطه، ويرجع على الذين اقتسموا، وإذا لم يكن عالما ولا الميت موصوفا بالدين، فلا شىء عليه، [ومتى دفع الدين بغير إشهاد، ضمن فإن شهد وطال الزمان، حتى مات الشهود، فلا شئ عليه](٥).

نظائر: قال العبدى: اليسير فى نيف وعشرين مسألة:

هبة الوصى من مال اليتيم إذا كان نظرا، والعبد من ماله، والغرر فى البيع، وفى العمل فى الصلاة، والنجاسة تقع فى الإناء على الخلاف، وفى الطعام، وفى الماء اليسير ولم يتغير، وفى نصاب الزكاة لا يمنع وجوبها، وفى الضحك فى الصلاة، ونقصان سننها، وفى المرض لا يمنع التصرف، وفى العيب لا يرد به، وكذلك إن حدث عند المشترى لا يرده إذا رد، وإذا زاده الوكيل على ما أمر به لزم الأمر، وإذا زاده أحد الشركاء على صاحبه لا تفسد الشركة سوى الأموال والأعمال.

وإذا كان التفاوت بين السكتين يسيرًا لا يمنع الشركة، وينفذ شراء السفيه اليسير

---

(١) فى ط: وينبغى.
(٢) فى ط: ملك.
(٣) فى أ: غنيهم.
(٤) فى أ: عقد.
(٥) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

لنفسه، ويقرأ الجنب[١] اليسير، ويكتب يسير القرآن إلى العدو، ويقرأ المصلى كتابا فى الصلاة ليس قرآنا إذا لم ينطق به، وكذلك إنصاته للمخبر فى الصلاة، وفى بدل الناقص بالوازن، وفيما إذا باع سلعة بدينار إلا درهمين إلى أجل، وفى الصرف فى المتجر، ووصى الأم يصح فيه دون الكثير، ويغتفر عند انفصال الشريكين إذا بقى ثوب على أحدهما يسير القيمة؛ وكذلك عامل القراض، والزوج تجب عليه الكسوة إذا كان بقى على المرأة يسير الثمن، ويشترط على المغارس العمل اليسير دون الكثير؛ وكذلك المساقى وعامل القراض على رب المال، وفى الأخذ من طريق المسلمين، إذا لم يضر، ويترك للمفلس من ماله نحو نفقة الشهر.

فرع: فى البيان: قال ابن وهب: يكسر الوصى الشطرنج ويبيعها حطبا؛ إن كان السلطان عالما، وإن خاف شاوره.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أنفقت التركة على الأيتام ثم طرأ دين، ولهم مال آخر ورثوه من أمهم، لا يؤخذ منهم شيء؛ لأنهم لم يتعدوا.

قال أصبغ: تفض النفقة كالمال، فتسقط حصة مال أبيهم؛ لأن السنة أن ينفق عليهم فيما أنفق عليهم فى جميع أموالهم.

وفيها أربعة أقوال: قول ابن القاسم المتقدم: وهو السقوط مطلقا، يرجع عليهم فيما أنفق الوصى من التركة؛ لأن الميراث بعد الدين ويتبعون به دينا فى الذمة إن لم يكن لهم مال، قاله المخزومى. ومن التركة إن كان لهم مال، وإلا فلا، وقول أصبغ المتقدم.

وقول ابن القاسم مبنى على أن الدين لا يتعين فى التركة بل فى الذمة، وقول المخزومى على أنه متعين. والآخران استحسانا.

فرع: فى الكتاب: للوصى تسليف الأيتام ويرجع عليهم إن كان لهم يوم السلف عرض أو عقار ثم يبيع ويستوفى، وإن لم يكن لهم مال، وقال: أتسلف وأرجع إذا أفادوا مالًا، فليس له ذلك، ونفقته[٢] حسبة لا يرجع بها، وإن أفادوا مالا.

فرع: قال: قال ابن دينار: إذا اشترى الوصى من مال اليتامى منزلًا لهم، ثم

(١) فى أ: الحديث.
(٢) فى أ: ونفقتهم.

يموت، فيقول الذكور: يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك اشترى لنا، ويقول الإناث: سواء، وجهل الحال إن اشترى لهم من عرض أموالهم، صدق الإناث؛ لأن الأصل عدم التفاضل أو بجميع المال، صدق الذكور؛ لأنهم كذلك ورثوه.

وإن كان الوصى حيا قُبِل قوله بينهم؛ لأنه المباشر الأمين.

وقد يتسلف من مال أحد الفريقين للآخر، وذكر ابن زرب خمسة أقوال، كالخلاف فيمن أوصى لحمل فولدت ذكرا وأنثى، نصفين بحسب الميراث، سبعة أسهم: للأنثى ثلاثة، وللذكر أربعة؛ لأن أقصى ما يكون للذكر الثلثان، وللأنثى النصف، وخمسة أسهم: للذكر ثلاثة؛ لأنه أقل ما يمكن أن يكون لكل واحد منهما، يكون له ثلاثة من ستة، ولها اثنان من ستة، ويقتسمان السادس نصفين على سبيل التداعى، إن ادعيا العلم أو الظن أو أحدهما.

وهذا الخلاف إنما يحسن إذا جهلت كيفية الشراء، أما لو ادعى كل واحد الشراء على دعواه، فلا يحسن[1] إلا قولان: يقسم أسباعا بعد أيمانهما لمدعى الثلثين أربعة، وهو المشهور لمالك، أو للذكر النصف؛ لأنها لا تنازع فيه، ولها الثلث، لعدم المنازعة فيه، ويقتسمان السدس نصفين بعد أيمانهما وهو المشهور عند ابن القاسم.

فرع: قال: إذا كان الوصى وارثًا فللورثة النظر معه، خشية أن تكون وصية لوارث، ومتى كان غير وارث فليس لهم ذلك إلا فيما تبقى علقته للوارث؛ كالولاء فى العتق، فقد يرث من لا ولاء له؛ كالبنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات، ويكون الولاء [لمن لا يرث فمن يحجب عن الميراث من الوصية فحق الكشف إنما هو][2] لمن ينجر إليه الولاء، كان وارثا أم لا، ويلحق بالعتق الإخدام، والتعمير، والحبس، فحق الأولين لجميع الورثة؛ لأن المرجع إليهم، وحق الحبس لأقرب الناس بالمحبس؛ لأنه الذى يرجع إليه الحبس، على ما تقدم تفصيله فى كتاب «الحبس» وهذا فى الوصى المأمون أما غيره فيكشف عن الوصايا كلها.

فرع: قال: إذا قال الموصى: اجعل وصيتى حيث شئت، فله جعلها فى أقارب

---

(١) فى أ: يحصل.

(٢) سقط فى ط.

نفسه، دون ذرية الموصى؛ لئلا تكون وصية لوارث، فإن فعل ذلك، قال مالك: ترجع ميراثا، ولا يجبره الإمام على جعلها فى وجه آخر؛ لأنه خيره.

فرع: قال: قال مالك: إذا أوصى له بولده وترك ثلاثمائة دينار، صارت ستمائة بالتجر، ثم ظهر دين ألف - يدفع الستمائة فى الدين؛ لأن الوصى لو أنفقها قبل [الدين](١) لم يضمنه. ولو كان الورثة كبارا غير مولى عليهم، فلهم النماء وعليهم النقصان، وكذلك ما غابوا عليه من العين؛ لأنهم ضامنون بخلاف الوصى، ولا يضمنون الحيوان؛ كالرهان والعوارى.

قال المخزومى: النماء للأيتام والضمان عليهم؛ كالمتروك عينا أو عرضا لظهور التعدى.

وفرق عبد الملك بين العين فيضمنون، وبين العرض فلا يضمنون، والخلاف ينبى على الخلاف فى الدين الطارئ، هل هو فى عين التركة أم لا؟

فرع: قال: قال مالك: أوصى أن يجعل ثلثه حيث يراه الله، فيجعله فى وجه؛ فله الأخذ إن اتصف بصفة ذلك الوجه؛ لأنه من جملتهم، وليس له الأخذ إن اتصف بغيرها؛ لأنه أداه اجتهاده إليه فتعين، فليس له العدول عنه إلى غيره، وإن كان الوصى وارثا فلا يصرف شيئا حتى يعلم [الورثة ويحصرهم.

فرع: قال: قال مالك: إذا وجد الوصى فى التركة خمرًا؛ فلا يكسرها حتى يعلم](٢) الإمام؛ لأنها مسألة اجتهاد فى التحليل، أما الخنزير فيقتله بغير إذن الإمام؛ لأنه يقتل إجماعًا، وقيل: يخلل الخمر.

فرع: قال: قال مالك: لا يثبت الإيصاء بالشاهد، واليمين، والوكالة، وشاهد الفرع، وكذلك لا تثبت هذه الثلاثة بامرأتين ورجل.

نظائر: قال العبدى: الذى لا يثبت بالشاهد واليمين ثلاثة عشر:

النكاح، والطلاق، والعتق، والولاء، والأحباس، والوصايا لغير المعين، وهلال رمضان وذى الحجة، والموت، والقذف، والإيصاء، ونقل الشهادة، وترشيد السفيه.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

والتى تثبت بالشاهد واليمين أربعة:

الأموال، والخلطة، والكفالة، والقصاص فى جراح العمد.

والتى اختلف فيها، هل تثبت بها أم لا؟ خمسة:

الوكالة، ونكاح امرأة قد ماتت، ونسب الرجل الذى مات، وثبوت مال الرجل على ولائه والتجريح والتعديل.

فرع: فى الكتاب: لا يبيع الوصى على الأصاغر التركة إلا بحضرة الأكابر؛ لتعلق حقهم، فإن بعدت غيبتهم والتركة عرض أوحيوان، رفعه للإمام فيأمر من يلى معه البيع؛ لأنه وكيل الغائبين.

فرع: فى الكتاب: لا يؤخر الوصى الغريم بالدين إن كان الورثةكبارًا لأنه من نوع[1] التبرع كالقرض، ويجوز إن كانوا صغارًا، على وجه النظر، ومنع ذلك غيره مطلقًا؛ لما تقدم؛ ولأن ذمة الغريم قد تخرب.

قال صاحب النكت: قال بعض القرويين: إنما يكون له تأخير الغريم الحالف والورثة صغار، إذا كان على وجه النظر؛ مثل: أن يكون الحالف لا بينة [له][2] عليه يخاف جحوده[3]، أو كثير الدين إن طلب قام غرماؤه ووقع الحصاص.

وإذا أخره رجاء أخذ جملة الدين، فإن أخره لحلفه - فقط - امتنع، ولا يبرأ بذلك الحالف، فإن لم يكن لهم فيه منفعة ولا ضرر، بر، وكذلك إذا كان التأخيرمختلف فيه، هل فيه حسن نظر أم لا؟ فيجوز، قاله محمد وشيوخنا.

قال ابن يونس: قال يحيى: لا يجوز تأخير الغرماء إلا أن يبرءوا ذمة الميت ويتبعوا غريمه.

قال أبو محمد: وإنما يجوز تأخير الوصى للحالف: لأقضينك إن[4] تؤخرنى، إذا كان الورثة صغارًا ويبرأ الحالف بذلك، وهو نظر للصغار، وللوصى البيع بالدين، ويحتال بدين اليتيم للمصلحة، ولا يأكل من مال اليتيم إلا أن يصيب من اللبن أو التمر.

---

(١) فى أ: وقوع.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: جحده.

(٤) فى أ: إلا أن.

قال مالك: وغير ذلك يكره.

وقيل إن كان مشغولا بماله فليأكل بقدر عمله إن كان محتاجا، والترك خير، وللأب أن يأكل من مال ولده ما يحكم له به، ولا يركب دابة اليتيم ولا يسلف ماله.

فرع: قال ابن يونس: إذا أوصى أن يجعل ثلثه حيث شاء، فأعطاه لابنه وأقاربه؛ كما يعطى الناس، جاز، ولأبيه(١) أن يأخذ لنفسه، قاله ابن القاسم.

وقال مالك: لا يأخذ وإن كان محتاجا، بخلاف ولده المحتاج؛ لأن قرينة الخطاب بخروجه دون غيره.

قال مالك: ولا يعطى أقارب الميت إلا كما يعطى الناس لئلا يكون وصية لوارث، فإن صرف الميت إلى أقاربه أو إخوته فلم يجز الورثة رجع ميراثا، فإن أوصاه بصرفه فى أفضل ما يراه وأقربه إلى الله - تعالى - قال أصبغ: يتصدق به.

وقال مالك: الصدقة أفضل من العتق، والعتق أفضل من الحج، إن كان صرورة.

قال اللخمى: إذا قال: ثلثى يجعل حيث يرى زيد، فمات زيد قبل إنفاذ ذلك، أقام الحاكم من يرضاه يضعه حيث يرى.

فرع: قال اللخمى: يعزل الوصى إذا اطلع منه على خيانة أو بله أو تفريط، أما العجز لكثرةالمال فيقوى.

فإن كانت امرأة وتزوجت، لا تنزع بنفس التزويج، ويكشف عن حالها وحال الزوج والمال والأيتام.

قال مالك: إن عزلت الولد فى بيته وقامت لهم بما يصلحهم، فهى أولى، فإن امتنعت، نزعوا منها.

ولو قال الميت: إن تزوجت فانزعوهم [منها](٢) فتزوجت، لم ينزعوا منها لأنه لم يقل فلا وصاية(٣) لها.

قال ابن القاسم: والمال إن كان يسيرا وهى مستورة الحال، لم ينزع منها، أو كثيرا وهى مقلة يخاف منها، أخذ منها وهى على الوصية على كل حال، إلا إن كانت مأمونة بارة، ويؤمن على المال عندها فى تزويجها فى الحزم والدين والستر،

(١) فى ط: وأكره.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وصية.

فيقر في يدها، وإن كانت على غير ذلك انتزع ووقف على يد عدل، وتبقى وصية ويراعى حال الزوج، فليس الموسر كالفقير، ولا المعروف بالنزاهة كغيره.

فرع: في الكتاب: إذا شهد الوارثان أن أباهما أوصى لفلان، جاز.

قال غيره: إذ لم يجُرَّا بذلك نفعا لأنفسهما، وإلا فلا.

وإن شهد امرأتان ورجل على الموت، فإن لم يكن للميت زوجة ولا أوصى بعتق عبيده وليس إلا قسمة المال؛ جاز ذلك؛ لأن القاعدة أن الشهادة [من النساء تصح][1] على أحكام الأبدان[2] إذا كان مقصودها الأموال على المذهب.

وقال غيره: لا تجوز؛ لأن الموت حكم بدني.

قال صاحب التنبيهات: معناه: أن الموت ثبت بشهادة غيرهم، وإنما شهدوا بالموارثة.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا أقر وارث بوصية لرجل، حلف معه إن كان عدلا وأخذها، وإلا أخذ من حصة المقر ما ينوبه، إن كان غير مولى عليه؛ وكذلك: إقراره أن هذه وديعة عند موروثه، فإن أقر عدل وعليه من الدين ما يغترق ماله فأنكر غرماؤه الوصية - إن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين، جاز؛ لعدم الحجر، وكذلك إقراره بالوديعة.

فرع: في الكتاب: أوصى لأم ولده بشرط عدم الزواج، فإن تزوجت عزلت، وكذلك إن أوصى لها بألف على ألا تتزوج فتزوجت، تردها.

قال صاحب التنبيهات، على ما في السليمانية: لا يجوز أن يوصى لها على ألا تتزوج؛ لأنه بيع وسلف، وإذا شرط: إن تزوجت سقط إيصاؤها - يسقط بالعقد دون الدخول؛ لأنه زواج.

قال صاحب النكت: إذا باعت أو أعتقت، رجع عليها بالقيمة؛ كالزوجة تفعل ذلك ثم يطلقها قبل البناء وقبل الثمن، وإن ضاع بأمر من الله - تعالى - لم تضمنه.

قال التونسي: لم يجعل الإيصاء بالألف بيعا وسلفا؛ لأنها تنتفع بالمال عوض امتناعها من الزواج، ومتى شاءت تزوجت وردت.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: الأموال.

فرع: فى الكتاب: إذا قال الوصى: دفعت للأيتام أموالهم بعد البلوغ والرشد، لم يصدق إلا ببينة لأن الله - تعالى - لم يجعله أمينا على الدفع، بل على الحفظ فقط، لقوله - تعالى -: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] فلو كان أمينا لاستغنى[(١)] عن البينة.

ولأنه دفع إلى غير من ائتمنه، وهو الوارث.

ويصدق فى الإنفاق على من كان فى حجره فيما يشبه؛ لأنه أمين عليه.

فإن ولى النفقة غيره، لم يصدق فى دفع النفقة إلى من يليهم إلا ببينة؛ لأنه ليس أمينا على الحاضن.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا طال الزمان بعد الرشد نحو عشرين سنة، وهم مقيمون معه لا يطالبونه ولا يسألونه عن شىء - صدق مع يمينه؛ لأن العادة تصدقه.

قال محمد: فإن كانوا عند غيره أو هم أغنياء، ورئى ينفق عليهم، صدق فى الزيادة اليسيرة دون السرف مع يمينه، فإن ادعى سرفا، حسب منه السداد؛ كما لو شهدت بالسرف بينة.

ووافقنا (ش) فى عدم التصديق على الدفع بعد البلوغ، وصدقه (ح) قياسا على تلف المال؛ ولأنه أمين؛ وقياسا على الإنفاق.

وجواب[(٢)] الأول: أنه أمين على الحفظ فائتمن على التلف؛ لأنه فائدة الائتمان على الحفظ، وليس فائدة الحفظ الدفع لغير من ائتمنه.

وعن الثانى[(٣)]: أن أمانته مقصورة على الحفظ؛ بدليل الأمر بالإشهاد على الدفع.

وعن الثالث: أنه فى الإنفاق متعذر بخلاف الدفع.

فرع: فى الجواهر: إن نازعه[(٤)] الولد فى تاريخ موت الأب - لأن به تكثر النفقة - صدق الصبى؛ لأن الأصل عدم إنفاق ما يدعيه الوصى من النفقة وإقامة البينة عليه [ما أمكن][(٥)].

---

(١) فى ط: لا يستغنى.
(٢) فى ط: الجواب.
(٣) فى ط: والجواب عن الثانى.
(٤) فى أ: باعه.
(٥) فى ط: ممكنه.

فرع: قال البصرى فى تعليقه: إذا كان الوصى عدلا، لا يفتقر تنفيذ وصيته إلى حكم حاكم، وجميع تصرفه صحيح وقاله (ش)، وقال (ح): إن لم يحكم حاكم، فبيعه وشراؤه للصبى منقوض ويقبل قوله فى الإنفاق.

لنا: القياس على النفقة ولأنه يوكل[1] بغير حاجة إلى الحاكم، فكذلك بيعه.

* * *

(١) فى أ: ولا يوكل.

كتاب القسمة

وأصلها قوله -عليه السلام - فى الموطأ: «أَيُّمَا دارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسمَتْ فِى الْجَاهِلِيَّة فَهِى عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلَامُ وَلَمْ تُقسمْ فَهِى عَلَى قَسْم الإِسْلَامِ»[١]. وقوله - عليه السلام -: «الشُّفعةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»[٢] فى الصحيحين.

وقسم -عليه السلام - الغنائم[٣].

وقال - تعالى -: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: ٨].

وقوله - تعالى -: ﴿أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾ [القمر: ٢٨].

والإجماع على جوازها فى الجملة.

وفيه نظران.

النظر الأول: فى الأركان

وهى ثلاثة:

الركن الأول: القاسم:

وفى الكتاب: الحاكم يقاسم على الغائب مع الحاضر فى جميع الأشياء، ويحوز نصيبه، بخلاف الدعوى عليه فى ربعه، كان الحاضر شريكا أو موصى له؛ لأن للحاكم النظر فى المصالح العامة، وصون أموال الغائبين.

ولا يجوز قَسْم صاحب الشرط؛ لعدم ولايته على ذلك، فهو كالأجنبى.

قال ابن يونس: قال أشهب: يوكل القاضى فى ذلك ولو بأجرة؛ لأنه قد تتوقف المصلحة عليه.

وعن مالك: جواز قسم صاحب الشرط العدل؛ لأنه وال من حيث الجملة.

---

(١) ذكر ذلك مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٦) (٢٤) من طريق ثور بن زيد، ورواه موصولًا عن ابن عباس البيهقى فى السنن (٩/ ١٢٢).

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٤٠٧) فى البيوع: باب بيع الشريك من شريكه (٢٢١٣)، وفى (٤/ ٤٠٨) باب بيع الأرض والدور وفى (٤/ ٤٣٦) فى الشفعة فيما لم يقسم (٢٢٥٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٩) فى المساقاة: باب الشفعة (١٣٤).

(٣) ينظر: البخارى (٦/ ٢٥٤)، ومسلم (٣/ ١٣٦٦)، وأبو داود (٣/ ١٣٥).

فرع: فى الكتاب: يقاسم على الصغير الأب والوصى كل شىء، ولا يقسم الوصى بين الأصاغر حتى يرفعه للإمام فيراه نظرا؛ لعظم الخطر فى القسمة من غير ضرورة، فإن كان معهم أكابر، استحب الرفع للإمام؛ احتياطا للصغار، فإن قاسم الكبار دون الإمام، جاز إذا اجتهدوا حضر الأصاغر أم لا؛ لسلطان الأكابر على إقرار ملكهم مع عدم الضرر.

ولو غاب أحد الأكابر، امتنع قسم الوصى عليه؛ لأنه ليس تحت نظره، ولا يقسم للغائب إلا الإمام أو نائبه؛ لأنه الناظر فى الأمور العامة، ويجعل تحت يد أمين.

فى التنبيهات: فى الواضحة: تجوز مقاسمة الوصى؛ كالأب، ولا مدخل للقاضى معه.

وقال أشهب: إذا لم يدخل عليهم الوصى مرتفقا لا يقسم، فإن فعل مضى.

وفى الكتاب: مقاسمة الوصى للصغار مع الكبار، تمضى على الاجتهاد؛ كسائر تصرفاته، والأحسن الرفع للقاضى فيبعث من يقسم.

وقال فى آخر الكتاب: يقسم الوصى على الصغار كل شىء.

فقوله: «على الصغار» ظاهره: أنه مع أجنبى؛ لذكره أول المسألة إياهم مفردين.

وقال ابن شبلون: مذهبه فى الكتاب على ثلاثة أوجه: الصغار وحدهم لا يقسم بينهم إلا بأمر السلطان.

أو معهم أكابر استحب الاستئذان وإن لم يفعل مضى.

أو مع أجنبى، جاز القسم من غير استئذان.

فرع: فى الكتاب: إذا قسم للصغير أبوه فحابى، امتنعت محاباته وهبته وصدقته فى مال ابنه الصغير؛ لأن ماله معصوم، وإنما جعل له النظر بالمصلحة لعجزه بالصغر، ويرد ذلك بعينه.

وإن كان صدقة والأب موسر، فإن فات بيد المعطى له وتلف، ضمنه الأب إن كان موسرا يوم الخصام؛ لأنه المتعدى، ولا يرجع على الأجنبى؛ لأنه التزم تمليكه.

فإن كان معدما.رجع الولد على المعطى؛ لتلف المال تحت يده بغير سبب شرعى.

فإن كان الأب والمعطى معدمين، اتبع الولد أولهما يسرا بالقيمة؛ لوجود السبب

من الوالد، ووضع اليد من الأجنبى، وهما سببا ضمان ولا يرجع المؤدى منهما على صاحبه؛ لأنه غرم عن نفسه، ولو أيسر الأب أولا لم يتركه الابن ويتبع الأجنبى؛ كما ليس له ذلك فى يسارهما؛ لأنه المتعدى الأول.

ولو أعتق الأب غلام ابنه الصغير موسرا يوم العتق، جاز، وعليه الثمن فى ماله؛ لتشوف الشرع إلى العتق، وحمل تصرفات العقلاء على الصحة ما أمكن، فكأنه اشتراه من ابنه للعتق؛ [ولأنه معاوضة حصلت له؛ ولأن العتق][(١)] بخلاف الهبة والصدقة.

فإن كان معسرا يوم العتاق[(٢)] رد؛ صونا للمال عن الضياع؛ إلا أن يتطاول ذلك وتتزوج الحرائر وتجوز شهادته فيتبع الأب بالقيمة؛ لأن ذلك مثل الفوات فى البيع الفاسد.

قال ابن يونس: أمضى «ابن الماجشون» الصدقة إن كان موسرا، ويغرم القيمة، ويرد إن كان معسرا، ورد العتق وإن طال؛ لبطلان التصرف فى أصله وعدم الرجوع للعتق، بخلاف الصدقة لتعلق حق الغير بها.

وأمضى أصبغ ذلك كله، وإن كان معسرا، ويتبع بالقيمة؛ حملا لتصرفه على الصحة بالضمان.

والقاعدة المشهورة: حمل تصرفات العقلاء على الصحة ما أمكن؛ لأنه ظاهر حالهم.

وقوله: أعتق غلام ابنه، يريد عن نفسه لا عن الصبى.

فرع: لا ينفذ قَسْم وصىّ المرأة على ابنها؛ لأن وصيتها عليه باطلة، فهو أجنبى.

قال ابن يونس: عن مالك: أيتام لا وصى لهم، ولهم أم أو عمة أو أخ رشيد أو غيره ممن احتسب فيهم من الأجنبيين، فكفلهم بغير أمر السلطان، يجوز منه ما يجوز من الوصى من: المقاسمة، والبيع، والتزويج، والإيقاف[(٣)]، والتضحية، وحيازة الصدقة منه أو من غيره.

وقاله ابن القاسم فيمن يلى [أمر][(٤)] اللقيط.

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: العتق.
(٣) فى ط: والإنفاق.
(٤) سقط فى ط.

فرع: فى الكتاب: يمتنع قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب؛ لاستقلاله بنفسه، وأمر الغائب للإمام؛ لأنه الناظر فى الأمور العامة لعموم سلطانه.

ولا الأم[1] على الصغير؛ لعدم ولايتها عليه إلا أن تكون وصية، ولا للكافر على ابنته البكر؛ كما لا يزوجها، ويجوز قَسْم ملتقط اللقيط، لقوة سببه بالالتقاط، فهو إجبار كالإجبار[2] من الأب بخلاف الأخ المكتنف[3] لأخيه الصغير، فإنه كالأجنبى، ولا الزوج لزوجته البكر؛ لعدم الولاية.

قال صاحب التنبيهات: قال سحنون: قوله فى ملتقط اللقيط والأخ خلاف عن مالك.

وعن مالك: يقسم الأخ لإخوته الأيتام فلا تكون أقواله اختلافا، بل الجواب فيها واحد إذا كانت الصفة واحدة من وجود الحضانة وعدمها.

فرع: فى الكتاب تجوز أرزاق القضاة والعمال إذا عملوا على الحق، وما تعب فيه الإمام من أمور الناس فالرزق فيه من بيت المال؛ لأنه معد للمصالح العامة، وأكره لقاسم القاضى والمغنم أجرا؛ لأنه يفرض لهم من أموال الأيتام، وسائر الناس؛ كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس، وتجوز أرزاق القسام من بيت المال، واستئجار الشركة أو أهل المغنم لهم، وقاله، (ش، وح).

والأجرة على جميعهم، من طلب القسم، ومن أباه، وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): يختص بالطالب؛ لاختصاص الغرض والمصلحة.

وجوابه: أن الآبى يجب عليه تسليم ما اختلط بملكه من ملك الطالب، والتسليم يتوقف على القسم، وما توقف عليه الواجب واجب، فتجب أجرة القسم وكذلك أجرة كاتب الوثيقة.

فى التنبيهات: ذلك كله ثلاثة أقسام: يجوز من بيت المال، وتحرم بقرض من أموال اليتامى والناس قسموا أم لا. وبه علل فى الكتاب، واستئجار من يحتاجهم من الناس جائز، وعنه: الكراهة فى كتاب ابن حبيب، ورأى الأفضل التبرع، وهو ظاهر الكتاب؛ لقوله: وقد كان (خارجة، ومجاهد) يقسمان بغير أجر، وقد تكون كراهته

(١) فى ط: لأم.
(٢) فى ط: كالإيجار.
(٣) فى ط: المكتشف.

لقسام الغنائم والقضاة من هذا وأجرة الوثيقة على الرءوس، قاله فى كتاب الأقضية؛ لأن ضبط قليل والكثير مستوٍ فى الكتابة.

وقال أصبغ: على قدر الأنصباء؛ لأن الكتابة وسيلة، والوسائل تتبع المقاصد.

وفى الكتاب: منها على الموضوع على يديه المال، وعنه: ليس عليه شىء.

قال سحنون: الجعل عليه دونهم؛ لأن المنفعة له، ومعنى المسألة: إن كان فيها عمل الفريضة وحساب وقبض[1]، يحب عليه وعليهم اتفاقا؛ لأن المنفعة للجميع، ولولا عمل الحساب لم تتحقق الأنصباء.

وإن لم يكن إلا مجرد القبض، فهذا موضع الخلاف؛ لمنفعة القابضين بالإشهاد أنه كان وديعة أو قراضا، حتى لا تتوجه دعواه عليهم بعد ذلك، وانتفاعه بالإبراء، فكان على جميعهم. وعلى مذهب سحنون: لا يلتفت إلى منفعته بالإبراء.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا أرزق القاسم من بيت المال، حرم أخذه من المقسوم له؛ كالقاضى المرتزق؛ ولأنه عمل وجب عليه بالإرزاق وأجرة الواجب حرام.

نظائر: قال أبو عمران: ست مسائل تختص بالرءوس دون الأنصباء: أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحارس أعدال المتاع، وبيوت الغلات، وإجارة السقى على المشهور، وحارس الدابة، والصيد لا يعتبر فيه كثرة الكلاب.

وثلاث مسائل يعتبر فيها الأنصباء:

الشفعة، والفطرة عن العبد المشترك، والتقويم فى العتق.

وزاد العبدى فى الأولى: كنس السواقى.

ووافقنا الأئمة فى القاسم، وللشافعية قولان.

ومنشأ الخلاف: هل يلحق بالشفعة[2] على الملك وهى على الأنصباء - اتفاقا - كالعمارة وغيرها؟ ولأن الأجرة قد تكون بمائة درهم والأرض لاثنين لأحدهما نصف ذراع فينوبه خمسون، لعلها أكثر من قيمة الذراع الذى ينوبه، أو يلاحظ الاستواء فى العمل والحساب، وأن قلة النصيب توجب كثرة العمل؛ لأنها تقع على

---

(١) فى أ: والقبض.

(٢) فى ط: بالشفقة.

أقل السهام.

وفى الجواهر: أجرة الوثيقة على الرءوس، الطالب لها والآبى.

وقال أصبغ: على الحصص.

فرع: فى الجواهر: يكفى فى القسم واحد، والأفضل اثنان، واشترطهما أبو إسحاق وللشافعية قولان، ومنشأ الخلاف: هل القاسم يجرى مجرى الحاكم؟ وهو المشهور عندهم، وعندنا والحاكم يكفى منه واحد إجماعًا، أو يجرى مجرى الشهادة، ولا بد فيها من العدد.

فرع: فى النوادر قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير.

وقال الشافعية [وابن حنبل](١): يشترط فى منصوب الإمام، الحرية، والعدالة، والتكليف، والذكورة - لأنه حاكم - وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط فى منصوب الشركاء العدالة، والحرية؛ لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا.

قال ابن حبيب: فى النوادر: وإذا أخبر الحاكم بما فعل، قبله منه بغير بينة إذا رآه صوابا، ينفذ على الصغير والغائب بقوله وحده؛ لأنه حاكم؛ لنيابته عن الحاكم، ولا يبعث من لا ترضى حاله، [ولا](٢) يبعث معه من المرضيين من لا يدرى صواب القسم، فإن شهادتهم على فعل لا يعلمون صوابه، فلا يسوغ تنفيذه.

ولا ينبغى للقاضى أن يأمر القاسم المرضى بالإشهاد على القسم حتى يأتى(٣) مكتوبا، وينظر فيه فإن رآه صوابا سأل الأكابر عن عمله، فإن عارضوا فيه بشىء، نظر فيه، وإلا أمضاه.

فرع: فى النوادر: عن مالك: إذا قسم بأمر القاضى فأنفذه القاضى أو أشهد به تجوز شهادة هذا القاسم بينهم إذا اختلفوا إن ذكر الحاكم أنه أمره بذلك، وتكفى شهادته وحده، وقاله (ش).

وقال عبد الملك: وكذلك كل ما لا يباشره القاضى من الفعل؛ كالإحلاف،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: يأتيه.

والكتابة، والنظر للغائبين[١]؛ لأن فعل نائبه كفعله، كانوا مرتزقين أم لا؟

قال ابن حبيب: فإن لم يكن الحاكم أمره، وإنما أمره من خرج من الحكام أو الشركاء - امتنعت شهادته ولو مع غيره، وقاله (ش) لأنها على فعل نفسه، وسمع (ح) شهادته دون قوله وحده.

وقال ابن حنبل: تقبل شهادته إلا أن يكون بأجر[٢] فتتأكد التهمة بتحصيل الأجرة، وتنفذ عن الحاكم ويحتاج عندنا إلى اثنين غيره، إن كان القاضى أمره، أو ارتضاه الورثة، وألزموا أنفسهم قسمه بعد القسم، وكذلك العاقد والمحلف ومن ذكر معه، ولا تجوز شهادتهم عند غير الذى أمرهم، ولا وحدهم ولا مع غيرهم؛ للتهمة فى تصحيح أفعالهم.

كما لا تجوز شهادة القاضى المعزول فيما يذكر أنه حكم به.

قال: وهذا تفسير قول مالك.

وقال سحنون: تمتنع شهادة قاسمين وإن استنابهم الحاكم؛ للتهمة.

فرع: قال الأبهرى: يخير الإمام الشركاء فيمن يقسم بينهم، ويقدم من يرضونه، إن كان رضى؛ لأنه أصلح لذات البين وأقرب لمصلحتهم.

الركن الثانى: المقسوم.

وفى الكتاب: يقسم العبيد إذا انقسموا، وإن أباه بعضهم.

والجذع، والثوب الواحد، والثوب الملفق من المعدنى وغيره قطعتين، والباب، والمصراعان، والخفان، والنعلان، والرحى - لا ينقسم ذلك إلا بالتراضى؛ لأن الإجبار على الفساد غير مشروع.

والساعدان، والساقان، والذراعان، والفص، والياقوتة، واللؤلؤة، والخاتم - لا يقسم هذا كله؛ لما فى تفريقه من الفساد.

فإن اجتمع من كل صنف عدد يحتمل القسم - قسم كل صنف وحده. والغرارتان إن كان قسمهما فسادًا، لم يقسما، وإلا قسما. والخرج والخباء إذا أبى أحدهما قسمه، لم يقسم. والمحمل إذا نقص قسمه ثمنه، لم يقسم إلا بالتراضى.

وتقسم الجبة وإن أبى أحدهما؛ كالطعام.

---

(١) فى أ: للطالبين.
(٢) فى ط: تاجرًا.

فى التنبيهات: قوله فى الجذع: لا يقسم، يعنى: وإن احتمل القسم وانتفع به.

وقيل: بل لأنه يحول عن حاله، وإنما يكون القسم فيما لا يحول، وإنما يقسم بالعدد والمقدار، وأما ما يتغير بالنقض والتفريق، ويحول عن حاله، فلا إلا فى الرباع والأرض، قاله أشهب.

قال: ولو كان القطع يصلح للثوب والخشبة لم يقسمهما.

قال حمديس: إلا أن تكون الخشبة نخرة لا تصلح إلا للحطب، فهذا لا يختلف فيه، لعدم الفساد.

قال ابن يونس: جوز أشهب قسم الخرج، والحبل، والساعدين، ونحوهما على التراضى، والفص الكبير بالتراضى.

قال اللخمى: إنما يصح قوله فى الجذع والثوب والمصراعين والنعلين ونحو ذلك على أحد قوليه فى منع قسم الحمام، وعلى قوله بالجواز: تقسم، ولا يراعى فسادا، ولا نقصا فى الثمن، ولا تعطيل الاستعمال؛ لأن فساد الحمام وانتقاله عن مقصوده أشر، ومنع الجميع أحسن صونا للمالية عن الضياع.

وأما الياقوتة ونحوها فيمتنع وإن تراضوا لأنه من إضاعة المال.

قاعدة: يمتنع القسم تارة لحق الله - تعالى - كالغرر فى مشروعية القرعة فى المختلفات(١)، فإن الضرر يعظم.

أو للربا؛ كقسم الثمار بشرط التأخير إلى الطيب؛ لما يدخله من بيع الطعام بالطعام غير معلوم التماثل؛ فإن القسمة بيع أو نسيئة، فإن تباين الجنس الواحد بالجودة والرداءة - ففى جوازه بالقرعة قولان حكاهما اللخمى.

أو لإضاعة المال؛ كالياقوتة.

وتارة لحق الآدمى؛ كقسم الدار اللطيفة، والحمام، والخشب، والثوب، والمصراعين، ولذلك يجوز بالتراضى؛ لأن للآدمى إسقاط حقه، بخلاف حق الله تعالى .

ومنع الأئمة قسم ما فيه ضرر أو تغيير نوع المقسوم.

ومنع (ح) قسم الرقيق، خلافا لـ (ش) ؛ لأن منافعه مختلفة بالفعل وغيره فلا

---

(١) فى ط: المتخلفات.

يمكن فيه التعديل.

وجوابه: لو امتنع تعديله لامتنع بيعه وتقويمه فى الإتلاف؛ لأنهما مبنيان على معرفة القيم وليس كذلك.

وفى النوادر: عن عبد الملك: لا يقسم حيوان ولا عرض بالقيمة، بل يباع ويقسم ثمنه، وعنه الجواز.

فرع: فى الكتاب: إذا دعى أحد لقسم الثوب، لم يقسم بل يتقاوماه، وإلا بيع؛ تحصيلا لمقصود كل واحد منهما من ملكه بحسب الإمكان، فإن استقر على ثمن، فلمن أبى البيع أخذه، وإلا بيع.

فرع: تقسم الصبرة المغلوثة، بخلاف صبرتين مختلفتين؛ للغرر فى الغلث واختلافه فى القسم، والقسم بيع.

فرع: فى الكتاب: بينهما نقض دون القاعة، تجوز قسمته تراضيا وبالقرعة، ويخير الممتنع [الآبى لذلك][1]، فإن أرادا هذا النقض، ورب القاعة غائب، رفع ذلك للإمام. فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضا، فعل؛ لأنه الناظر فى أموال الغائبين وإلا تركهم وتلوم للغائب ما أراد، فإن نقضا دون الإمام فلا شىء عليهما؛ لأنه مالهما، وإن[2] بنيا فى عرصتك بإذنك ثم أردت إخراج أحدهما بعد مدة العارية: إن قدرا على قسم البناء، قسما، وخيرت فى المخرج بين: إعطائه قيمت حصته، أو أمره بقلعه، وإن لم ينقسم تقاوماه أو يبيعانه، فإذا بلغ الثمن، فللمقيم فى العرصة أخذ ذلك بشفعته بما بلغ.

قال ابن يونس: قال سحنون: كيف يشترى السلطان للغائب وليس مجنونا ولا محجورا عليه؟ ولعله يكره ذلك، ومن أين يعطى الثمن؟

فرع: فى الكتاب: لا تقسم الطريق إذا امتنع بعضهم نفيا للضرر، ويقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر.

وقيل: لا يقسم وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم وتقاوماه وتأول مالك قوله - تعالى -: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ﴾ [النساء:٧].

---

(١) فى ط: لأنه كذلك.

(٢) فى ط: وإذا.

قال: ويقسم البيت الصغير وإن لم يقع لأحدهم ما ينتفع به، والأرض القليلة، والدكان الصغير فى السوق إن كان أصل العرصة بينهما، والحمام، والماجل، وكل شىء عنده ينقسم، خلافا لـ (ش) و (ح).

قال ابن القاسم: وإنما لم يقسم الطريق والجدار مع الضرر؛ لأنه لا كبير عرصة لهما، فلا يقسمان إلا بالتراضى، أو على غير ضرر.

قال: وأنا أرى ما لا ينقسم إلا بضرر ولا يحصل منه منتفع من دار أو أرض أو غيرهما، لا يقسم، ويباع فيقسم ثمنه؛ لقوله -عليه السلام-: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[1]

وكذلك الماجل، إلا أن يصير لكل واحد ماجل ينتفع به، ولا يقسم أصل العيون والآبار قبل شربها بالقلد.

فى النكت: قيل: فى الجدار سترة بينهما، لا يقسمان أعلاه؛ لأنه قد يقع لأحدهما ما هو قبالة صاحبه فلا ينتفع به، وإنما يبنى كل واحد منهما نصف جميع الحائط.

قال صاحب التنبيهات: إنما تكلم فى الآبار والعيون على الواحد، فإن أمكن قسم الجماعة واعتدلت، قسمت، وقاله سحنون، وتأوله على الكتاب، وحمله ابن لبابة على العموم، واستدل بمخالفته فى الجواب فى المواجل، وحكى عن مالك: المنع، ثم قال: وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر، إلا أن يكون لكل واحد ماجل قال القاضى: وليس بحجة؛ لأنه إنما تكلم على ماجل واحد، وإذا كان كبيرا يصير منه مواجل. والبئر لا تكون منه آبار ولا العين عيونا.

وقيل: إنما رأى ذلك مالك فى الماجل؛ لأن لها عرصة، ولا كبير عرصة للآبار والعيون من الأرض وإنما[2] قال فى الحائط: وقد يكون منع قسم البئر اتباعا للعمل؛ لأنه لم يسمع.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا يقسم الجدار إلا عن تراض مجردا[3] كان أو حاملا.

قال مطرف: إن كان بعضهم ينتفع بسعة سهمه من البيت ويضيق[4] سهم غيره -

---

(١) تقدم.
(٢) فى أ: وإذا.
(٣) فى ط: صدرًا.
(٤) فى ط: ويضيف.

قسم، كما قال مالك، ولا يمنع أحد الانتفاع بملكه، لتضرر غيره، وإن لم ينتفع به واحد للقلة - بيع وقسم ثمنه نفيا للضرر.

ومنع عبد الملك إن ضاق على أحدهم؛ نفيا لمطلق الضرر، وإن انتفع أقلهم نصيبا بوجه من وجوه النفع، قسم.

قال اللخمى: إذا اقتسما وتركا الطريق، لا يقسم إلا أن يحصل لكل واحد منهما طريق معتبر لمثل تلك الدار.

وقوله: لا يقسم الجدار إن كان لكل واحد عليه جذوع، ليس ببين؛ لأن الحمل لا يمنع القسم؛ كما لا يمنع قسم العلو السفل، وحمل العلو على السفل.

قال: وأرى قسمة طائفتين على أن من صارت له طائفة الآخر عليه الحمل، بأن يأخذ أحدهما الجهة الشرقية والآخر الغربية، لا القبلية والشمالية؛ لئلا يعم الحمل.

وإن أراد أن يقسم الأعلى مثل أن يكون عرضه شبرين، قبل كل واحد شبر مما يليه لنفسه، وحمل الحائط على التركة، أو يريد قسمه بعد الهدم، فيقسم أرضه فيأخذ كل واحد مما يليه.

ولا يقسم الماجل إلا إذا اتسع بأن يصير لكل واحد ما ينتفع به.

قال أشهب: إن قسمت الدار وترك الماجل، لا يقسم، وإن لم يقسم قسم معها.

يريد: وإن صار الماجل فى أحد النصيبين ولم ير فى ذلك ضررا اعتدلت القيمة.

واختلف قول مالك فى الحمام، وعدم القسم أحسن، ولو رضيا منعهما الإمام؛ لحق الله - تعالى - فى إضاعة المال.

والخلاف فى الدار إنما هو إذا كانت ميراثا أو للقنية، أما للتجارة فلا تقسم اتفاقا؛ لتنقيصه الثمن، وهو خلاف ما دخلا عليه، ويختلف فى الساحة كالبيت أصلا إذا تركت بعد القسم.

قال صاحب المقدمات: لم يتابع مالك على قسم الدار وإن لم يصر فى نصيب كل واحد إلا قدر قدم، إلا ابن كنانة.

وراعى ابن القاسم انتفاع كل واحد بنصيبه للسكن، ولم يراع نقصان الثمن وإنما يراعى ذلك فى العروض.

وقيل: لا تقسم، إلا أن يدعو إلى ذلك صاحب النصيب القليل، وقاله (ش)،

و(ح) ؛ لإسقاطه حقه، وقيل: يجبر عليه.

فرع: قال: قيل: يجبر الممتنع من قسم الحبس عليه من الأعيان، [وينقل عنهم][(١)] إلى أن يحدث من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقص، مستدلا بقولهم: إن المحبس في مرضه على ولده وولد ولده، أن الحبس يقسم على عدد الولد وولد الولد، وظواهر كثيرة تدل على ذلك.

وقيل: لا يقسم بحال لقول مالك في الكتاب: لا يقسم الحبس ولا يجزأ.

وقيل: لا يقسم إلا أن يتراضى المحبس عليهم على قسمه قسم اغتلال.

وقال الشافعية: إذا فرعنا على أن القسم بيع، امتنع قسم الوقف مع المطلق وإلا جاز.

فرع: في الكتاب: يجوز قسم نخلة وزيتونة إذا اعتدلتا، ورضيا، بأن يأخذ هذا نخلة والآخر الأخرى من غير إجبار؛ لأنهما جنسان.

وإن لم يعتدلا تقاوماهما أو باعاهما، مثل: ما لا ينقسم من ثوب أو عبد ومن دعى منهما للبيع، جبر الآخر تحصيلا للاختصاص بالملك؛ لأنه الأصل، فإن استقرا على ثمن فلكاره البيع أخذهما بذلك.

قال صاحب التنبيهات: قيل: هذا نزوع من ابن القاسم إلى مذهب أشهب في جمع[(٢)] الصنفين بالسهم على التراضي، وابن القاسم يمنعه، وقد يكون هذا مثل الثمار المختلفة، وقد أنكر سحنون المسألتين - معا - وقيل: المراد هنا: قسم المراضاة.

وقيل: إنما جاز ذلك؛ للضرورة فيما قل؛ كما جاز في الأرض الواحدة بعضها ردىء، بخلاف الأراضي المفترقة، والدار بعضها جديد وبعضها رث، بخلاف الدور؛ وكذلك قال ابن يونس: يريد بقوله: رضيا، أي: بالقرعة؛ ولذلك شرط الاعتدال.

فرع: في النوادر: عن ابن حبيب: يجوز قسم الدين إذا كان على رجل واحد، حضر الغريم، أم لا. كما يجوز بيعه، ومنع (ش) ذلك.

---

(١) في ط: وينفذ بينهم.
(٢) في ط: جميع.

قال: لأنه بيع الدين من غير من هو عليه؛ ولأنه بيع دين بدين.

وإن قلنا: القسم إقرار فإقرار الذمم محال؛ لعدم تعين ما فى الذمة، ومن هذا فى صفة القسمة بقية(١).

فرع: فى النوادر: عن ابن القاسم: [لهم قسم](٢) الدار المكتراة، والكراء الموروث ماض، ويقوم كل واحد ما يصير إليه إن لم يضر بالمكترى، ولا يضيق عليه، ولكل واحد سكنى نصيبه إن لم يضر بالمكترى، وليس لهم إخراجه حتى يتم [مدة الكراء](٣)؛ لتقدم حقه قبل الانتقال إليهم [فما انتقل إليهم](٤) إلا ناقصا كبيع الدار المكتراة.

فرع: فى الجواهر: إذا تنازع الشركاء فيما لا ينقسم، فمن طلب البيع، أجبر الباقون إلا أن يكون بيع حصته مفردة لا تنقص؛ كالفنادق والدور الكبار.

وقال (ش، وح): لا يجبران على البيع؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩] فالرضى شرط، والجبر ينافيه.

وجوابهما: أن نفى الضرر لا يشترط فيه الرضى، فإن القسم عندهما بيع، ويدخله الجبر، والشفعة يدخلها الجبر، والإنسان محتاج للاختصاص بملكه، ولا يحصل ذلك إلا بقسم العين أو بدلها وهو الثمن.

الركن الثالث:

صفة القسمة.

قال صاحب المقدمات: القسم إما أن يقع(٥) فى رقاب، أو منافع.

وقسم رقاب الأموال ثلاثة: قرعة بعد التقويم وتعديل ومراضاة بعد تعديل، وتقويم ومراضاة بغير تقويم ولا تعديل.

ولكل صفة أحكام تخصها:

فيخص الأول: إجبار الممتنع عنها عليها، وتختص بالجنس الواحد من العقار أو

---

(١) فى ط: بغية.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: يتبع.

الحيوان أو العروض؛ لئلا يعظم الغرر بالقرعة فى المختلفات دون المكيل والموزون.

ولا يجمع سهم اثنين لما فيه من توقع تكرر القرعة، وزيادة الغرر، ويرجع فيها بالغبن؛ لعدم الدخول على التفاوت، ولا تدخل فى المكيل والموزون؛ لإمكان قسمه بغير غرر القرعة بالمكيال والميزان.

ويخص الثانية: جوازها فى الأجناس والمكيل والموزون؛ لعدم القرعة، إلا فى صنف يمتنع التفاضل فيه، فإن الرضا فيه بغير المماثل حرام ويرجع فيها بالغبن؛ لما تقدم.

وتختص الثالثة بعدم الرجوع بالغبن مع جوازها فى موارد الثانية؛ لأن التزام عدم التعديل رضا بالتفاوت وهى بيع - اتفاقا - ويحكم فيها بحكم البيع فى الاستحقاق، والرد بالعيب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيع.

واختلف فى الأولين: فالمشهور أنهما بيع، وقاله (ش، وح) لأن كل واحد يعوض عن الشافع [فيما أخذه شريكه الشافع مما أخذه لشريكه وهذا هو حقيقة البيع][١].

وقال سحنون، وابن حنبل: تمييز حق.

قال صاحب التنبيهات: وهو الصحيح من مذهبنا وأقوال أئمتنا، وإن كان مالك أطلق عليها بيع، واضطرب فيها رأى ابن القاسم؛ لقسم الصحابة - رضوان الله عليهم - البقر والإبل المذبوحة عن سبع، وبيع لحوم القرب حرام [ولأن القرعة][٢] والإجبار ينافيان البيع؛ لاشتراط الرضا فيه ولأن تعويض المعين عن الشائع لو كان بيعا، لكان قبض طعام السلم والديون بيعا، فيلزم بيع الطعام قبل قبضه، وبيع المؤجل فى الذمم بالمعجل، وصرف ما فى الذمم قبل حلوله، [لجواز تعجيل الدين قبل أجله][٣] بل هذا أولى بالبيع، فإن عين ما أخذ لم يكن له فيه ملك، والمقاسم كان يملك فيما أخذ نصيبا.

والجواب عن الأول: أنه مستثنى من القسم؛ للضرورة وتوسعة على الناس فى

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

التقرب.

وعن الثانى: أن الرضا قد لا يشترط فى البيع؛ لدفع الضرر؛ كالأخذ بالشفعة وبيع مال المفلس.

تنبيه:

لا يمكن القول بأنها بيع مطلقا، فإن عين ما أخذ له فيه حصة قبل القسم، وهى الآن باقية له، فلم يعاوض فيها.

نظائر: قال العبدى: يجبر الإنسان على بيع ماله فى سبع مسائل:

الماء للعطشان، فإن تعذر الثمن أجبر بغير ثمن، ومن انهارت بئره وخاف على زرعه الهلاك، يجبر جاره على سقيه بغير ثمن، وقيل: بالثمن، والمحتكر يجبر على بيع طعامه، وجار الطريق إذا أفسدها السيل وكذلك الساقية إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بالقيمة من جار الساقية، وإذا ضاق المسجد يجبر من قاربه على البيع؛ ليوسع للناس، وصاحب الفدان فى فدن الجبل إذا احتاج الناس إليه ليخلصهم لأجل وعره، وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان، فإن لم يدفعها إليه جبر الناس، فإنه يجبر هو؛ تغليبا لأحد الضررين، والإنسان مضطر للخلاص من سوء الشركة والاستقلال بملكه من غير مزاحم [فيتعين الإجبار](١)، وإن كان القسم بيعا.

وعن الثالث: أن المستحق فى السلم والديون حقيقة مطلقة تجب على المديون بعينها فى معين ليحصل الإقباض، وهذه الحقيقة لم ينتقل عنها إلى غيرها، فما وجد معنى المعاوضة، وفى القسم كل واحد من نصفى الدار لزيد فيه حق شائع عاوض عن أحد الشائعين بالآخر، فتقرر معنى المبيع.

قال: والأظهر أن الأولى تمييز، بخلاف الثانية.

ودليل القرعة: قوله - تعالى -: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١] وقوله - تعالى -: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

وفى مسلم: «أن رجلا أعتق ستة أعبد بموته فأسهم - عليه السلام - بينهم فأعتق ثلثهم»(٢).

---

(١) فى أ: يتعين.

(٢) تقدم.

وقال - عليه السلام -: «لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النِّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ ثُمَّ لَمْ يَجِدُوا إِلَّا أَنْ يَسْتَهِمُوا، لَاسْتَهَمُوا عَلَيْه»(١).

وإنما وقعت القرعة فى تلك الصور؛ تطييبا للقلوب، وإقرارا بحق(٢) الورثة عن المعتق، وهذا متحقق فى القسم، وما يوجبه الحكم يجوز التراضى عليه من غير حكم.

فرع: قال: المكيل والموزون يجبر فيه على التعديل بالكيل و(٣)الوزن، لا بمكيال معلوم أو بصنجة مجهولة، كان ربويا أم لا، اتفاقا، كما يمتنع - اتفاقا - تحريا أو جزافا؛ للمخاطرة، ويدخله عدم المماثلة فى الربوى، هذا فى المكيل، بخلاف الموزون، يجوز تحريا، وفيه خلاف، هذا إذا كان صبرة. فإن كان صبرتين ربويا؛ كقمح وشعير، ونقى ومغلوث، فلا يجوز إلا الاعتدال بالمكيال المعلوم، أو الصنجة المعروفة فى الموزون؛ لأنها مبادلة بالمكيال المجهول؛ لأن آخذ الشعير يقول: لو علمت وصول الشعير لهذه الغاية لم آخذه.

ولو اقتسما القمح على حدة، والشعير على حدة، جاز بالمجهول والمعلوم.

وغير الربوى كالحناء، يجوز متفاضلًا بالمعلوم دون المجهول من الكيل والصنجة للخطر، وجاز قسم الصبرة الواحدة بالمعلوم والمجهول؛ لأن قسمتها ليس بيعا بل تمييز الحق.

فرع: قال: وأما المنافع فلا تجوز القرعة فيها عند ابن القاسم، ولا يجبر(٤) عليها من أباها؛ لأن المنافع معدومة فقد لا تحصل فيعظم الغرر بالقرعة، بل يتراضيان باستغلال العبد أو الدابة مدة والآخر مثلها(٥)، وكذلك الاستخدام أو الركوب أو السكنى أو يزرع هذا مرة والآخر أخرى، وقاله (ش وح).

ويمتنع الاغتلال فى المدة الكثيرة - اتفاقا - وجوزه مالك فى اليوم، ومنع الاستخدام فيما زاد على الشهر.

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: وإقرارًا لحق.
(٣) فى أ: أو.
(٤) فى أ: ولا يخير.
(٥) فى ط: أخرى.

قال ابن القاسم: ويجوز أكثر من الشهر.

وخصصه محمد بمثل: خمسة أيام.

وكل ذلك تحويم على الغلة، والمنع فى الكثرة ملاحظة للغرر فى الحيوان.

والفرق بينه وبين الاستغلال: أن الاستغلال فى معنى بيع ما لا يملك من الغلة؛ لأنه بيع أعيان مجهولة، والاستخدام بيع منافع وهى جائزة فى المعدوم، بدليل الإجارة، هذا(١) فى التهايؤ فى العين الواحدة.

أما فى العينين، بأن يقبل هذا عبدا وهذا عبدا، أو دارا ودارًا أو أرضا وأرضًا يزرعها والأخرى أرض يزرعها فعن ابن القاسم: يجوز فى السكنى والزراعة دون الغلة والكراء، وهو على [قياس التهايؤ فى](٢) الأزمان يجوز فى اليوم الواحد على قول مالك، ويمتنع فى الأكثر؛ للغرر.

واستخدام العبيد والدواب يجرى على الخلاف المتقدم فى تهايؤ الأزمان فى العين الواحدة.

وجوز (ح) الإجبار على قسم المنافع فى سكنى الدار، ولباس الثوب، واستخدام العبد؛ لما رَوَى مُسْلِمٌ أَنَّ امْرَأَةً وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِى ﷺ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ فَطَلَبَ مِنْهُ - عَلَيهِ السَّلَامُ الصَّدَاقَ، فَقَالَ: لَا أَجِدُ إِلَّا إِزَارِى هَذَا، لَهَا نِصْفُهُ. فَقَالَ لَهُ - عَلَيهِ السَّلَامُ -: وَمَا تَصْنَعُ بِإِزَارِكَ؟ إِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنْهُ شَىءٌ وَإِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ مِنْهُ شَىءٌ(٣).

فدل ذلك على أن لكل واحد لبسه حالة استحقاقه وهو عين القسم.

وجوابه: أن الحديث لم يتعرض للإجبار، وإنما النزاع فيه لا فى توزيع اللبس.

فرع: فى الكتاب: إذا اقتسما أرضا على ألا طريق لأحدهما على الآخر، ولا طريق إلا عليه - امتنع؛ لأنه ليس من قسم المسلمين.

---

(١) فى أ: فى هذا.

(٢) فى أ: قيام النهار وفى.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٥٢٦)، كتاب النكاح: باب ما جاء فى الصداق (٨)، والبخارى (٩/٩٧)، كتاب النكاح: باب السلطان ولى (٥١٣٥)، وأطرافه فى (٢٣١٠ - ٥٠٢٩ - ٥٠٣٠ - ٥٠٨٧ - ٥١٢١ - ٥١٢٦ - ٥١٣٢ - ٥١٤١ - ٥١٤٩ - ٥١٥٠ - ٥٨٧١ - ٧٤١٧)، ومسلم (٢/١٠٤٠)، كتاب النكاح: باب الصداق (٧٦ - ١٤٢٥).

فرع: فى الكتاب: لا تقسم المختلفات بالقرعة، كالدور والأرضين، أو البقر والغنم، وتجوز فى دارين فى موضع جديدة ورثة أو دار بعضها جديد وبعضها رث؛ لأنه صنف واحد؛ كالرقيق فيه العلى والدنى، فإن كان الصنف الواحد لا يحمل القسم بيع على الجميع إلا أن يتراضوا بغير قرعة.

وإن كان متاع وحلى، قسم المتاع بالقيمة والحلى بالوزن إلا أن يكون فيه جواهر لا تفارقه[1] والفضة أو الذهب قدر الثلث فأدنى، أو كانت سيوفا محلاة، حلية كل سيف الثلث - قسم بالقيمة؛ تغليبا للعروض؛ كالبيع وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: يمتنع فى قسم التمر تفضيل أحد فى الكيل؛ لرداءة حظه، أو المساواة فى المقدار، ويؤدى آخذ الجيد ثمنا؛ لأنه بيع طعام غير متماثل، وإن أخذ أحدهما جملة الدراهم وثلث الطعام، والآخر ثلثيه وهى سمراء ومحمولة، أو نقى ومغلوث - امتنع؛ لما تقدم، أو متساوى النقاء والجودة والجنس، أو من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها، جاز، بخلاف المتبايعين؛ لأن ههنا لم يأت أحدهما بطعام، والآخر بطعام ودراهم.

ولو أخذ ثلثى القمح، وثلث الشعير، والآخر ثلثى الشعير، وثلث القمح - جاز؛ لأنهما جنس، وإن أخذ القمح والآخر القطنية يدًا بيد - جاز؛ كالبيع. ولو كانا زرعا، امتنع إلا على الحصد مكانهما؛ خشية النساء، ولو كان الزرع صنفا واحدا، امتنع القسم حتى يدرس، فيقسم كيلا؛ خشية التفاضل.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا اقتسما صبرة قمح وصبرة شعير، والقمح أكثر بأمر بين، فأخذه أحدهما والآخر الشعير - امتنع؛ للتفاضل.

وإن ترك أحدهما نصيبه من القمح، واقتسما الشعير جزافا - امتنع؛ لعدم تحقق التماثل، وكأنه خاطره بما ترك من القمح، ويجوز كيلا.

قال أشهب: إذا أخذ الشعير و [نصف][2] القمح أو ثلثيه، جاز؛ لعدم التهمة.

قال محمد: وكل ما يكال من طعام أو غيره لا يقسم تحريا؛ نفيا للغرر، وما يتعذر فيه غير الوزن؛ كالقمح، يقسم ويباع تحريا.

---

(١) فى ط: لا تقارنه.

(٢) سقط فى ط.

قال ابن القاسم: ذلك فى القليل، وذكر ابن حبيب البيض فى هذا.

والفرق بين الوزن والكيل: عدم تعذر الكيل ولو بالحفنة، والوزن يتعذر، فسومح فيه وأما ما يجوز فيه التفاضل، فيجوز التحرى على التماثل والتفاضل؛ كالبيع، ويمتنع على الشك فى التعديل، قاله مالك؛ لأنه بيع مجهول.

وعن ابن القاسم: لا يقسم ما يجوز فيه التفاضل تحريا إلا على التفاضل؛ حذرا من الغبن.

فرع: فى الكتاب: دار بينهما ولأحدهما دار تلاصقها، فأراد فتح [باب][١] داره فى المشتركة، للآخر منعه؛ لحقه فى موضع الفتح.

وإن أراد فى القسم جعل نصيبه إلى جهة داره حتى يفتح الباب، منع [بل][٢] حيث وقع سهمه أخذه، فإن اشترى أحد النصيبين من له دار تلاصقه، فلا يفتح بابه إلى طريق هذا ليصير هو ومن اكترى منهما وليسكن معه إن أرادا رفقا إلا أن يجعل ذلك سكة نافذة[٣] لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق فلا؛ للضرر.

قال ابن يونس: قال محمد: صوابه ما لم يفتح من حائط الشركة.

فرع: فى الكتاب: يجوز التفاضل فى قسم التراضى وزيادة أحدهما الآخر عروضا نقدا أو موصوفا إلى أجل معلوم، أو عينا نقدا، أو مؤجلا أو على أن يتصدق عليه صاحبه، أو يهبه هبة معلومة كالبيع.

فرع: فى الكتاب: يجوز قسم الدار المستوية مذارعة بالقرعة، وإن كان بعضها أجود أو كلها سواء وجعلا فى ناحية أكثر - امتنع إلا إن تراضيا؛ نفيا لغرر القرعة، ويقسم البناء بالقيمة.

فرع: فى الكتاب: إذا طلب بعضهم قسم البناء والساحة معا، فإن كان يصير لكل واحد من الساحة ما ينتفع به فى مدخله ومخرجه ومربط دابته وغير ذلك، أجيب وإن كان يصير لأقلهم نصيبا ما لا ينتفع به إلا فى دخوله وخروجه فقط، قسم البناء وحده، وتركت الساحة لانتفاعهم؛ نفيا للضرر، وينتفع الأقل مثل الأكثر نصيبا سكن

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: لآخذه.

أم لا. ولهم منع من يبنى فى الساحة منهم؛ لئلا يضيق على غيره.

قال صاحب المقدمات: إذا احتملت ساحة الدار وبيوتها القسم، قسمت كلها قسما واحدا، وجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة، وعدل ذلك بالقيمة ثم أسهم عليها، وإن احتملت البيوت فقط، قسمت وأقرت الساحة يترفقون بها كالفناء، إلا أن يتفقوا على قسمها، وإن احتملت الساحة فقط، فاللائق بمذهب ابن القاسم: لا تقسم إلا بالتراضى؛ لأن جمعها فى القرعة يخرج سهم بعضهم فى البيوت، والآخر فى الساحة وهو ممتنع كالصنفين.

وقال ابن حبيب: يضمان وإن وقع سهم أحدهما فى البيوت فقط؛ لأنهما كالشىء الواحد.

قال: وهو بعيد؛ لأن فيه جمع الصنفين، إلا أن يريد مع تراضيهم فيتخرج على مذهب أشهب فى جمعهما، وعلى قول ابن القاسم فى مسألة النخلة والزيتونة.

وقيل: إن الساحة لا تقسم بين الورثة وإن صار لكل واحد ما ينتفع به، قاله مطرف، وتأول قول مالك على ساحة البناء أو على ساحة الدار، إذا بنوها وقسموا البيوت.

وقال سحنون: إن كان على البيوت حجر، لم تقسم الساحة، وإلا قسمت، فجعلها إذا كانت للبيوت حجرًا، كالفناء لا يقسم إلا بالتراضى.

والأفنية تنقسم إلى:

ما يكون أمام دور القوم إلى جانب الطريق، فلا يقسم، وإن اجتمعوا على قسمه؛ لحق العامة فيه عند الزحام وغيره، فإن قسم رد القسم.

وقال أصبغ: يمتنع ابتداء ولا ينقض؛ لأن حق المالك أقوى.

وإلى: ما يكون بين دور القوم، فيجوز قسمته بالتراضى.

قال ابن القاسم: على ما تراضوا عليه؛ كالبيع وعن مالك: على حال منازلهم؛ فإن امتنع بعضهم لم يحكم بالقسم.

وقد اختلفوا فى الأنادر والمسارح، هل تقسم أم لا؟ وهى كالفناء بين دور القوم.

وفى النوادر: تقسم الساحة الواسعة إن أرادوا أن يتخذوا حجرا على بيوتهم، وإنما لا تقسم العرصة التى لبيوتها حجر فتبقى مرفقا.

قال أشهب: تترك إن ضاقت بالقسم، وإن كانت واسعة فأراد أحدهم بيع نصيبه،

ليس له ذلك إلا مع نصيبه فى البيوت، أو بإذن الشركاء متى اجتمعوا على قسم العرصة الواسعة أو الضيقة قبل القسم أو بعده.

قال محمد: يجوز.

وإن ضاق البنيان عن [القسم][(١)] واتسعت الساحة، قسما بالاجتهاد، وليس على أن تقع السهام كلها فى البنيان إن ضاق عنها، لكن يجتهد فتضم الساحة حصاصا منها، وإن حمل البنيان وضاقت الساحة، قسم البنيان وتركت مرفقا.

فرع: فى الكتاب: دار فيها بيوت وساحة ولها غرف وسطوح بين يديها، قسم البناء على القيمة، وأبقوا الساحة، فالسطح يقوم مع البناء، وتقوم الغرف بما بين يديها من المرتفق، ولصاحب العلو الارتفاق بساحة السفل [وليس لصاحب][(٢)] السفل الارتفاق فى سطح الأعلى؛ إذ ليس من الأفنية، ويضيف القاسم قيمة خشب السطح والغرف، مع قيمة البيوت التى تحت ذلك، وما رث من خشب العلو الذى هو أرض الغرف والسطح، فإصلاحه على رب السفل وله ملكه؛ كما عليه إصلاح جدران السفل.

وإذا سقط العلو على الأسفل فهدمه، جبر صاحب السفل على بنائه، أو بيعه ممن يبنى؛ حتى يبنى رب العلو علوه؛ لالتزام صاحب السفل تمكين الأعلى من الانتفاع، فإن باعه ممن يبنيه، فامتنع - جبر المبتاع على البناء، أو البيع ممن يبنى؛ توفية بالشرط.

قال ابن يونس: قال ابن شعبان: إذا خيف سقوط السفل:

فقيل: إن تعليق الأعلى على صاحب الأعلى؛ لأن عليه حفظ ملكه.

وقيل: على صاحب السفل؛ لأن عليه حمله بالبناء.

قال: وبالأول أقول، إلا أن يهدمه من غير حاجة، وقوله قيل هذا: «يجبر صاحب السفل على البناء أو البيع ممن يبنى إذا سقط الأعلى على الأسفل» إنما ذلك إذا لم يكن له مال غير القاعة فلا يقدر على أكثر من بيعها عليه، وأما إذا كان له مال، جبر على البناء؛ لأن على صاحب العلو فى انتظار البيع ضررًا، ولو كان له مال،

---

(١) فى أ: ألف سهم.
(٢) فى ط: كارتفاق صاحب.

امتنع البيع على هذا الشرط، قاله سحنون.

قال: وكذلك يحرم بإذن سيدها ثم يطأها عليه أن يحجبها، فإذا فلس بيعت عليه ممن يحجبها؛ لضرورة التفليس.

وكذلك الأمة لها ولد صغير، يعتق السيد أحدهما - لا يباع الرقيق منهما إلا لفلس، أو ضرورة فيباع عند ابن القاسم، ويشترط على المشترى عدم التفريق بينهما.

قال اللخمى: لصاحب العلو الانتفاع بساحة السفل؛ لأنها العادة، والعادة اختصاص صاحب السفل بالساحة، وعلى ذلك تقوم، وخشب الأجنحة لصاحب العلو، إلا أن يكون ممدودا إلى سقف صاحب السفل، فينتفع بها كأخذ خشبه، فما خرج منها لصاحب العلو، وما دخل لصاحب السفل، وهذا إذا كان الملك واحدا فيبيع أحدهما دون الآخر؛ لدخول المشترى على ذلك، وما نقل العقد إلا[1] ذلك، وأما إن أحدث المشترى ذلك الخشب فإن جميعها له.

وإن كان لصاحب العلو خشب يصعد عليها للعلو ويبنى عليها درجا أو كان سطحا له، فخشبها له.

وإذا تهدمت الدار، فعن ابن القاسم: يجبر صاحب السفل على بنائه، أو البيع ممن يبنى.

وقال سحنون: إنما يجوز البيع على هذا إذا كان لا مال له.

وقال ابن القصار: يجبر صاحب السفل على البناء إلا أن يختار صاحب العلو بناءه من ماله، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يعطيه ما أنفق.

قال: وأرى أن يخير صاحب السفل بين البناء، أو البيع ممن يبنى، أو تمكين صاحب العلو من البناء إذا رضى بذلك، ثم يكونان شريكين فى السفل؛ هذا بقيمة كراء القاعة، والآخر بقيمة كراء البناء، إلا أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء يوم يأخذه قائما.

فإذا كان سبب الانهدام ضعف العلو، وصاحب السفل حاضر عالم ولم يتكلم على ذلك - لم يضمنه، وإن كان صاحب السفل غائبا ووهى العلو مما لا يخفى

---

(١) فى أ: إذا.

سقوطه، فهل يضمن أم لا؟ لأنه لم يتقدم إليه، والأول أحسن، وإن تقدم إليه ولم يفعل، ضمن قولا واحدا، وكذلك إذا كان سبب الانهدام وهاء السفل وصاحب العلو حاضرًا ولم يقدم إن كان غائبا.

واختلف إذا وهى السفل، هل تعليقه على الأعلى أو الأسفل؟ والأول أحسن؛ لأن البيع فيما كان على السلامة، وعلى أن الحمل على البناء بعينه، والمالكان لا يعلمان ما توجبه(١) الأحكام عند فساد البناء، فإذا رث ذلك المعين لم يكن عليه أن يحمله على خشب، وإنما عليه أن يعلقه حتى يحمل عليه.

ووافقنا (ش) فى قسم العلو والسفل بالقيمة.

وقال (ح): يقسم كل ذراع من السفل بذراعين من العلو؛ لأن صاحب العلو لا ينتفع إلا بالهواء، وصاحب السفل ينتفع بالقرار، بالحفر، والحمل.

وجوابه: أن القيمة تأتى على جميع الأغراض، فلا حاجة لهذا التحكم.

فرع: لرجل خمسة أمداد تمر، ولآخر ثلاثة، فمر بهما آخر، فأكلوا كلهم سواء، فلما فرغ المار دفع ثمانية دراهم، فقال: اقتسماها على قدر ما أكلت لكما، قال صاحب الثلاثة: آخذ نصفها؛ لأنه أكل من تمرى مثل ما أكل من تمرك، وقال الآخر: بل لك ثلاثة؛ توزيعا للأكل على الملك، فحلف صاحب الثلاثة ألا يأخذ إلا ما حكم به الشرع فترافعا لعلى -رضى الله عنه- فقضى لصاحب الثلاثة بدرهم فقط.

وتقريره: أنهم أكلوا بالسوية فأكل [كل](٢) واحد من الثمانية ثلاثة إلا ثلثا، أكل صاحب الثلاثة من ثلاثته ثلاثة إلا ثلثا فبقى له ثلث أكله الوارد عليهم، وأكل صاحب الخمسة ثلاثة إلا ثلثا، فبقى له اثنان وثلث - هى سبعة أثلاث - أكلها الوارد عليهم، فلا جرم أخذ سبعة، وأخذ صاحب الثلاثة درهما، والثمانية هى ثلاثة إلا ثلث التى أكلها الوارد عليهم فصحت القسمة على ما أكل وهو الحق.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذ أحد الورثة العروض، والآخر الديون: إن كان الغرماء حضورًا وجمع بينه وبينهم، جاز.

---

(١) فى ط: تؤديه.
(٢) سقط فى ط.

وإلا، فلا؛ لامتناع بيع دين على غائب، ويمتنع [قسم][(١)] الدين بالغرماء؛ لأنه بيع دين بدين، بل يقسم ما على كل رجل، وقد تقدم من هذا فى الركن الثانى.

فرع: فى الكتاب: دار لثلاثة رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتًا منها، والآخران بقيتها - يجوز؛ لأنه بيع، وإنما يمتنع جمع رجلين فى القسم بالسهم؛ لأن قسم السهم غرر، والجمع تكثير له.

فرع: فى الكتاب: يجوز قسم الدار على أن الطريق لأحدهما، وللآخر فيه الممر، أو لأحدهما الغرف، وللآخر السفل، ويلزمهما ذلك؛ لأنه بيع، ويجوز شراء ممر[(٢)] فى دار دون بقيتها.

قال صاحب النكت: إنما يجوز ذلك إذا كان يصل[(٣)] من الممر إلى موضع له أو ينتفع به، وإلا فلا؛ لأنه أكل بالباطل، فإن كان يصل إلى دار له، فاستحقت، فبقى الممر بلا منفعة، قيل: لا ينتقض البيع؛ لوقوعه جائزا، ولو اشترى طريق الممر، جاز مطلقا؛ لأنه لما ملك يقدر يغرسها شجرا وينتفع بها، وفرضه الكتاب إذا لم يشتر الرقبة.

قال صاحب التنبيهات: قال عبد الملك[(٤)]: إنما يجوز قسم السفل والعلو[(٥)] مراضاة دون القرعة؛ لأنه كصنفين؛ إذ لا ساحة للعلو، وجوزه الأكثرون بالسهم والمراضاة؛ لأن الدار واحدة، وتجويزه القسم على أن ليس لأحدهما [فى الطريق إلا الممر][(٦)]، حمله سحنون على المراضاة دون القرعة؛ لأنه يجب قبل القسم إخراج الطريق، وتأولها أبو عمر بن المكوى على القرعة والمراضاة؛ لأنه قد لا يحتاج إلى إخراج الطريق فى كل موضع؛ لكون الطريق محيطا، فحيث أخرج نصيبه أخرج بابه من المحجة، وقد يضطر إلى الخروج من باب الدار، ولا يقسم الباب.

فرع: فى الكتاب: إذا أراد أحدهما جمع الدور أو الحوائط أو الأقرحة فى القسم؛ ليجتمع له حظه فى موضع، وأبى الآخر.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: تمر.
(٣) فى ط: فضل.
(٤) فى ط: قيل.
(٥) زاد فى ط: عند الملك.
(٦) بياض فى ط.

إن استوت الرغبات فى ذلك وقربت مواضعها، جمعت، وإلا، فلا؛ نفيا للضرر[١].

فإن اتفقت الرغبات فى بعضها، جمع المتفق فى القسم، ويقسم غيره، كل مباين على حدة.

والداران[٢] بناحيتين من المصر، إن استوت الرغبات فيهما، جمعتا، وإن اختلفت الرغبات وبينهما يوم، لم يجمعا؛ نفيا للضرر[٣].

وإذا أراد الورثة قسم دار كانوا يسكنونها، وللميت دور بالبلد مستوية الرغبات فى غير موضع هذه الدار - قسمت هذه وحدها، وجمعت تلك فى القسم.

وتجمع القرى والأراضى والحوائط المتقاربة الموضع والرغبات، والميل قريب، وإن تباعدت نحو اليوم، لم تجمع.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الأقرحة: الفدادين، واحدها قَراح - بالفتح - كزمان وأزمنة، وذكر فى الكتاب: واحدها: قريح كقفيز وأقفزة، وبعير وأبعرة.

قال الخليل: القراح من الأرض: كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغيره.

وقال ابن دريد: ما خلص طينه من السبخ وغيره، وأصله: الخالص من كل شىء.

قلت: ومنه الماء القراح، أى: لم يخالطه شىء، واللفظة بالقاف والحاء المهملة.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا ترك دورا غير دور السكنى فى القرب، قسمت تلك وحدها، وعمل فى غيرها ما ينبغى فى القسم.

وقال ابن أبى زمنين: ظاهر الكتاب: أن دار السكنى ليس له معها غيرها فى ربض واحد، ولو كانت لجمعت ولا كلام للورثة، بخلاف قول ابن حبيب.

قال أشهب: تجمع الداران فى نمط واحد، وإن كان بعضها أعمر؛ كما تجمع الأرضون وبعضها أكرم.

قال سحنون: ليست الدور كالأرضين، فقد تكون الدار فى نمط واحد والرغبة

(١) فى ط: للغرر.
(٢) فى ط: وإنذاران.
(٣) فى ط: للغرر.

مختلفة، وأما الأرضون فى نمط، فتجمع؛ كالحوائط فيها ألوان الثمر.

وقال أشهب: إن كانت الأرض متقاربة وبعضها أكرم، جمعت؛ للقرب.

وإن طلب بعضهم جمع نصيبه فى موضع، وقال غيره: يقسم فى كل أرض - جعل نصيب مريدى التفرقة ومريدى الجمع بينهما، ويضرب بالسهام على أن الأرض مجموعة فإن خرج سهم مريدى التفرقة، جمع إليهم حقوقهم، فصار كأنه حق رجل واحد، ثم يقسم كل أرض مما طاب لهم بينهم على حدتها، وجمع لكل واحد من مريدى الجمع حقه حيث خرج.

وإن كانت الأرض متباعدة مما لا يجمع فى القسم، جعل نصيب مريدى الجمع سهما واحدا، ولكل واحد من مريدى التفرقة سهم، ثم يضرب بالسهام بينهم فى كل أرض على حدتها، فإن خرج سهم مريدى الجمع، جمع لهم حقوقهم؛ كأنهم رجل واحد فى تلك الأرض على حدتها.

وأعطى مريدو التفرقة فى كل واحد نصيبه حيث طاب له، ثم تعمل كل أرض كذلك، ثم يرجع إلى مريدى الجمع فيجمع لكل واحد منهم مما طاب لهم من أنصبائهم من تلك الأرض المفترقة تعدل بينهم بالقيمة.

قال اللخمى: إن كانت الدور متقاربة، جمعت كانت فى وسط البلد أوطرفه، فإن كانت إحداهما فى وسط البلد، والأخرى فى طرفه، أو هما فى طرفيه، لم يجمعا.

وإن اختلف الورثة فى دار سكنى الميت، هل تجمع مع غيرها بالقرعة؟

إن كان الجميع فى محلة واحدة، جمعت، وإلا فلا، وقسمت مفترقة إن حملها القسم وإلا تبايعوها، إلا أن يكون الورثة عصبة؛ ولم يتقدم لهم سكنى فى ذلك الموضع، ولم يكن له بسكن الميت شرف، فتلك الدور وغيرها سواء، والمعتبر أبدا فى الدور وجهان: موضعها، وصفتها، فإن كان فيها الجديد والرث وهى ذات عدد، قسم الجديد على حده، والرث على حده [فإن][1] كانت جديدة وقديمة، جمعتا فى القرعة؛ للضرورة، بخلاف الأرض الواحدة بعضها كريم دون غيره - يقسم قسما واحدا؛ كما قال فى الكتاب فى «الوصايا»: إذا حصل لأحدهما قدر قفيز، وللآخر قدر عشرة أقفزة - لكرم الأرض ودناءتها - قسمت بالقرعة؛ وكذلك الدور.

---

(١) سقط فى ط.

والاختلاف اليسير بين الدور - كقيمة أحدهما مائة، والأخرى تسعين - لا يمنع[١] القرعة، على أن من صارت له دار المائة أعطى خمسة؛ لأنه لا بد منه فى القسم؛ لتعذر التساوى مطلقا.

ويجمع الحوانيت فى سوق أو سوقين متقاربى الرغبات، [وإلا فلا؛ منعا لمزيد من الغرر][٢] فى القرعة.

ولا تجمع الدور إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمامات، وتجمع الفنادق والحمام إن قال أهل العرف باكتساب الرباع: هى متقاربة؛ لأنها مستقلات كلها وإلا فلا.

ولا تجمع الحوانيت إلى الفنادق؛ لقوة التباين، وقد تستحق الحوانيت مع ديار الغلة، إذا قيل: التفاوت يسير.

قال التونسى: قال سحنون: إذا كانت إحدى الدارين قاعة، لم يجمعا فى القسم، قاله سحنون؛ لأن عدم البناء فى أحدهما يصيرها أرضا، والدور والأرضون لا تجمع.

وأما السفل مع العلو فقد يقال: إن سقف العلو كالقاعة؛ إذ الغرض بالقاعة الاستقرار، وفوات يسير منافع القاعة لا يمنع الجمع، ولكن كثرة البناء فى إحدى الدارين يزيد فى ثمنها على القليلة البناء، فيصير عوض كثرة البناء قاعة من الأخرى؛ وكذلك الجديدة مع الرثة، عوض عن الجدة قاعة.

فإن قيل: جوز هذا؛ لأن كل واحد منهم نابه قاعة فأشبه الحائط فيه أنواع مختلفة، لا يقدر على قسم كل نوع منها، فإنه يجمع؛ لأن كل واحد يحصل له بعض تلك الأصناف، وإن قل، ولو كانت نخلة وزيتونة، امتنع.

قلنا الفرق أن العلو حصل له ما يشبه القاعة، وصاحب النخلة لم يحصل له شبه الزيتونة.

قال ابن القاسم: لا تقسم ذات العين مع النضح، ولا البعل مع السقى، وإن تقاربت الحوائط، إلا بالتراضى؛ نفيا للغرر فى القرعة؛ لأن أصلها غرر اغتفر

---

(١) فى ط: تمتنع.
(٢) فى أ: وإلا فلاثا معنى لمزيد الغرر.

لتطييب القلوب فلا يتعدى المتماثلات.

وروى ابن وهب يقسم البعل مع العيون إذا استوت فى الفضل؛ إذ هو المقصود، وروى ابن القاسم: المنع؛ لتباين نوع المنفعة.

قال اللخمى: قال محمد بن مسلمة: يقسم البعل مع العيون، دون البعل مع النضح إلا أن يرضى أهله، ولا وجه له، بل البعل مع النضح أقرب.

وإذا كانت الأراضى المتقاربة مختلفة، لم يجمعها ابن القاسم فى القسم؛ لتفاوتها، وكذلك إن تباعدت مواضعها؛ كاليوم، وتقاربت صفاتها؛ لبعد المواضع، وجمعها أشهب لمن طلب حصته فى مكان، إذا كانت فى مكان واحد ونمط واحد وبعضها أكرم[1] أو بعض الدور أعمر، إلا أن تكثر حصته من دار أو أرض، فتجمع له فى دار أو أرض أخرى ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة على ما تراضوا عليه، فإن تباعدت الدور قسم مريدو التفرقة حظهم من كل دار أو أرض، ثم يقسم مريدو الجمع إن شاءوا.

ومراده: إذا كانت متقاربة، يبدأ بالقسم لمريدى الجمع؛ لأن ذلك الحكم، وتسقط مقالة الآخرين، فإن كان مريدو الجمع واحدا، كتبت أسماء الدار وخلطت[2]، فأيها خرج أولا، فهو له، ثم يقسم للآخرين كل دار أو أرض [مفردة.

وإن كانت متباعدة، ابتدئ بمريدى التفرقة فتقسم كل دار أو أرض][3] على سهامهم بالقرعة، فإذا أخذوا ذلك بقى بقية تلك الدار والأرض على ما كانت الشركة عليه قبل أن يأخذ هذا نصيبه، ثم يجمع الباقون بالتراضى؛ لأن من أصله: أن يجوز فى مثل هذا التراضى بالقرعة.

وأخذ سحنون بقول أشهب فى الأرض دون الدور لأن الديار [فى نمط واحد][4] وهى مختلفة النفاق.

وقال الأئمة: لا يقسم دار مع دار وإن تقاربت؛ كما تكون الشفعة فيها دون غيرها، تقسم وحدها، ولأن فى الجمع زيادة غرر فى القرعة؛ لأن كل واحد يزول

---

(١) فى أ: أكثر.
(٢) فى ط: وضبطت.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) بدل ما بين المعقوفين فى ط: لأن الديار فى لفظ واحد.

ملكه عن جملة إحدى الدارين بغير رضاه.

والجواب عن الأول: أن الشركة إذا عمت فيهما والبيع، عمت الشفعة، فنقيس القسم على الشفعة، فينقلب الدليل.

ولأن استقلال كل واحد بإحداهما أتم فى الانتفاع من الانتفاع ببعض دار.

وعن الثانى: المعارضة(١) والنقض بالاختلاف فى الدار الواحدة بل ههنا أولى؛ لأنا إنما نجمع المتقارب وفى هناك(٢) نجمع المختلف جدا.

فرع: قرية ذات دور، وأرض بيضاء، وشجر - تقسم الدور والأرض كما تقدم، والأشجار المختلفة كالتفاح والرمان فى جنية واحدة، تقسم مجتمعة بالقيمة؛ كالحائط فيه أصناف الثمر المختلفة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط فى موضع.

أو فى جنتين قسمت كل جنية وحدها بالقيمة، إن انقسمت.

فى النكت: قال ابن عبدوس: الحائط فيه أصناف الثمر، إنما يقسمه من هو من أهل معرفة ذلك الموضع، فيقوم النخل نخلة نخلة على ما عرف من حملها؛ لأن الشجرة الحسنة المنظر قد يقل ثمرها وبالعكس، فإن فرغ من القيمة، جمعها، وقسمها على قدر السهام، فيعرف ما ينوب كل سهم، ثم يقرع على أى الطرفين يبدأ، فإذا عرفه كتب أسماء الأشراك(٣)، كل واحد فى رقعة، ثم يخلطها فى [كمه، ثم يخرج رقعة](٤) يعطيها لصاحبها من الناحية التى أقرع عليها، وأعطاه شجرة شجرة، حتى يكمل له ما حصل له مما يحصل له فى القيمة، وأعطى الثانى كذلك، والثالث حتى ينقضى الحائط.

فإن بقى للأول بعض شجرة، اشترك مع الثانى فيها بحصتيهما، كذا تقسم النخل، وإن فضل بعضها إلا المتباين جدا فيقسم كل على حدته؛ نفيا للغرر.

قال الأبهرى: يقسم النخل والعنب بالخرص، بخلاف غيرهما من الثمار؛ لأن غيرهما لا يخرص فى العادة، فيعرف بالخرص؛ ولتميز ثمرة النخل والعنب عن

---

(١) فى ط: والجواب عن الثانى: المعاوضة.
(٢) فى ط: هذاك.
(٣) فى ط: الاشتراك.
(٤) بياض فى ط.

أصليهما، فيعاين بخلاف غيرهما.

قال التونسى: أجاز فى الكتاب: قسم الأرض الواحدة، وإن اختلفت؛ نفيا للضرر، وكذلك الشجر فى مكان واحد، بعضها أكرم من بعض.

قال اللخمى: النخل والعنب والزيتون والفواكه لا تجمع؛ لتفاوت الغرض، فيكثر غرر القرعة، فإن تراضوا بالقرعة، منع ابن القاسم؛ لأن الرضا بالغرر حرام، وأجاز أشهب؛ لأن الرضا مما يسقط الحق.

وأجاز ابن القاسم مرة فى نخلة وزيتونة، يعدلان، ويقسمان بالتراضى، وإن لم يعتدلا تقاوماهما أو باعاهما؛ فجوزه للضرورة فيما قل؛ كما جوزه فى الأرض الواحدة، بخلاف الأراضى والشجر.

والنخل كل صنف واحد يجمع، ويستحسن إذا كان الجيد ناحية، وكلاهما يحمل القسم - أن يقسم مفردا.

والزيتون صنف وإن اختلف، وكذلك العنب، واستحسن إفراد المخالف إذا حمل القسم، وجعل ابن عبدوس تباينهما فى الأرض كتباين الأرض فى الكرم، وقد يحمل قوله على الاستحسان، وجعل ابن القاسم فى الكتاب: الفواكه - كالتفاح، والرمان، والخوخ، ونحوها - صنفا.

وقال عبد الملك: إن كانت متساوية جمعت؛ لعدم المرجح، أو صنفا أكثرها، قسم ذلك الصنف على السهام، وقسم غيره مختلطا، وحكاه عن مالك.

فرع: فى الكتاب: الأرض فيها الشجر المفترق، تقسم مع الشجر؛ لئلا يحصل شجر أحدهم فى أرض غيره.

وتقسم الأرض بين الورثة دون مجرى مائها، وتبقى بينهم على مواريثهم، وإذا باع أحدهم نصيبه منها، فشركاؤه دِنية أحق بالشفعة من شركائه فى الماء.

والدنية: أهل وارثه.

وإن اقتسموا الأرض خاصة، فباع أحدهم حصته من الماء، فلا شفعة؛ لأنها فيما يقسم خاصة.

فائدة: [فى التنبيهات][(1)]: دِنية - بكسر الدال وسكون النون، وبضم الدال

(١) سقط فى أ.

وكسرها، مقصور بغير هاء.

وظاهر قوله: أن الشركة فى القلد وإن اقتسموا الأرض، ومذهبه هنا، وفى كتاب الشفعة: أن من باع أرضا أو قاسم وبقى بئرها، لا شفعة له فى البئر.

وفى العتبية: له الشفعة.

وأكثرهم على أنه خلاف، وقيل: لا، بل عدم الشفعة فى البئر المفردة التى لا أرض لها ولا حريم، والشفعة فى المحتملة للقسم، على مذهب سحنون، أو فيما تعلقت به الأرض حريما لها وفيها، قاله ابن لبابة.

قال سحنون: ومسألة القلد ههنا، [الماء][1] مشترك لقوم شركاء فى الأرض، ولولا ذلك لم يكن لهم شفعه؛ لأنها بئر واحدة، وتكون الأرض بين طوائف، لكل حصة مشتركة، والماء بين الجميع فتكون [الشفعة][2] بين أشراك الأرض، وهم أهل قلد واحد، والآخرون أهل قلد آخر، ولا شركة لهم معهم بل هم شركاء فى أرض أخرى.

قال القاضى: قد يحمل كلامه فى الكتاب على هذا، أو يكون الأشراك قد اقتسموا ثم مات من له بعض شرك فى ذلك، فباع بعض ورثته نصيبه من الماء - فأهل مورثه أحق؛ لأنهم شركاء معه فى أرضهم وقلدهم.

فرع: قال اللخمى: أجاز ابن القاسم أن تقسم الدار الغائبة على الصفة؛ كالبيع على الصفة، ومنع سحنون؛ للغرر.

قال: والأول أحسن، إن كان الباب لا يتغير، وإن كان يفتح لحارة أخرى، امتنع، إلا أن يكون القاسم عالما بقيمة الديار بالمحلة الأخرى؛ لاختلاف قيم الدور باختلاف المحلات، واشترط ابن عبدوس أن يكون من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع.

فرع: فى الكتاب: لا تقسم الثمار مع الأصل، وإن كان الثمر بلحا أو طعاما ولا الزرع مع الأرض، بل تقسم الأرض والأصول، ويترك الثمر والزرع حتى يحل بيعها، فيقتسمان عينهما أو ثمنهما، حذرا من طعام وأرض بطعام وأرض.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

قاعدة: وإذا اتحد جنس الربا من الطرفين، وكان معهما، أو مع أحدهما عين أخرى ربوى أم لا - امتنع البيع؛ لعدم تحقق التماثل بإمكان التوزيع على وجه ينافيه، والقسم بيع، فَرُوعِى حالة كمال الزرع.

قال: ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتا، ولكن كيلا، وإنما يجوز بيع الزرع مع الأصل بعين أو عرض، كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أم لا. فإذا حل بيع ثمر النخل والعنب، جاز فى القسم كيلا لا خرصا؛ تحقيقا للتماثل إلا أن تختلف حاجتهم، فيريد أحدهم الأكل، والآخر التجفيف، فيجوز الخرص ممن يعرفه، وعلى كل واحد سقى نخله، وإن كان ثمرها لغيره إذا كانوا قد قسموا الأصل قبل الثمر؛ لأن على صاحب الأرض سقيه إذا باع ثمرته. وإن لم يطب ثمر النخل والعنب، لا يقسم بالخرص، بل يجذ، ويقسم كيلا؛ تحقيقا للتماثل.

ولا يقسم البقل بالخرص ولا فواكه الشجر، وإن اختلفت؛ لعدم الانضباط فيها بالخرص.

فائدة: فى التنبيهات: القَتّ - بفتح القاف - الحزم والقبض، وأصله: الجمع، وكل ما جمعته فقد قتته، والخرص - بالفتح - اسم الفعل، والمصدر، وبالكسر: اسم المخروص.

وقال: حمل سحنون منعه قسم الزرع والبلح خرصا: مطلقا، وأنكره ابن عبدوس، وقال: إنما منعه على التأخير دون الجذ؛ لقوله: يجوز بيعه بالخرص على الجذاذ.

وفى النكت: البقل القائم، والزرع القائم، والبلح الصغير - ألفاظ الكتاب فيها مختلفة، وهى سواء تنقسم على التفصيل البين على جذاذ [ذلك فى الوقت.

فإن دعا بعضهم إلى][1] قسم الثمرة بالخرص، وهى مزهية، أو بلح كبير دون غيره [أجيب][2]؛ تحصيلا لمصلحته فى تمييز حقه، وإلا قدم طالب البقاء، ولا يقسم بالخرص إلا عند التراضى.

والفرق: أن طالب البقاء فى المزهية يقدر عليه بعد [القسم ولا يقدر فى البلح؛

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.

لأن][١] البقاء إلى الكمال يفسد القسم، قاله بعض القرويين.

ولو اقتسما البلح الصغير، ثم أكل أحدهما حصته، أو بعضها، وأزهى نصيب الآخر - انتقضت القسمة، ويرد الأول قيمة ما قبض على الجذ لا على الرجاء والخوف، بخلاف من اشترى بلحا على أن يتركه حتى يطيب وكان البيع فاسدا، ثم جذه، هذا عليه قيمته على الرجاء والخوف؛ لأنه على الترك دخل، والمقاسم دخل على الجذ.

وإن اقتسما البلح الصغير ثم تركاه حتى كبر:

ففى الكتاب: إن اقتسماه على تفاضل، أو كان إذا كبر تفاضل - فسد القسم؛ لأنه بيع طعام بطعام متفاضلا.

ولو اقتسما البلح الصغير، وأكل أحدهما حصته، وبقى نصيب الآخر حتى صار كبيرا - لا ينتقض القسم؛ لأن البلح الصغير والكبير متفاضلا جائز، اقتسما على تفاضل أم لا، بخلاف مسألة الكتاب.

تركاه جميعا حتى صار بلحا كبيرا، فآل الأمر إلى كونه بلحا كبيرا وهو لا يجوز التفاضل فيه - يفسد القسم إذا اقتسما أولًا على التفاضل، أو كان إذا كبر تفاضل.

قال التونسى: عن مالك: تقسم الثمار كلها بالخرص، إذا وجد من يعرف ذلك، وطاب وحل بيعه، واختلفت الحاجة.

ومنع ابن عبدوس قسمة الثمر بالخرص لتوقع الربا.

وقال عبد الملك: أجاز أصحابنا قسم الثمار التى يستعجلها أهلها بالخرص، وكره [مالك][٢] قسمة الثمار الكثيرة؛ لعدم الضرورة.

وأنكر سحنون قسم البلح [الكبير][٣] خرصا، إذا أراد أحدهما بيعه والآخر أكله ولم يره اختلاف حاجة؛ لأن الذى يبيع يجذ فقد اجتمعوا على الجذ؛ لأن تركه يبطل القسم، وخالف ابن القاسم وأشهب.

قال التونسى: يجوز قسم البلح الكبير بالتراضى مع اختلاف الحاجة، بخلاف الرطب؛ لأن الرطب يترك حتى يثمر، فلا فساد فى ذلك، والبلح لا يقدر من لم يرد

(١) بياض فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

الأكل أن يتركه حتى ييبسه، فكان ذلك فسادا، فلم يلزم من أبى القسم بذلك، وأجاز التراضى فى ذلك - وهو طعام بطعام - للضرورة، ولو كان ذلك[(١)] تمييز حق لم ينتقض بالزهو[(٢)]، وقد نقض إذ أزهى.

وانظر: هل فيه جائحة؟ لو أجيح نصيب أحدهما نقلها[(٣)] عبد الملك.

ومالك وابن القاسم سلكا بالقسم تارة البيع، وتارة التمييز، فأجازا قسم النخل دون زهوها وفيها ثمرة لم تؤبر، ولو كان بيعا امتنع؛ لأن كل واحد باع نصفه بنصف صاحبه على أن استثنى ثمرته التى لم تؤبر.

وقال فى البلح الكبار: ينتقض قسمه بالإزهاء وكذلك الصغير، ولو كان تمييز حق لما انتقض؛ لأن كل إنسان أخذ ملكه يتفضل به.

وأجاز قسم البلح الصغير بالتحرى؛ لتعذر كيله وهو مما أصله الخرص، فإذا خرج من حد الخطار، جاز.

وإن فضل أحدهما صاحبه بالأمر البين، جاز؛ لأنه ليس بطعام، ولا يبقى حتى يصير طعاما.

قال ابن يونس: إذا اقتسما الثمرة كما [تقدم][(٤)] لا بعد قسم الأصول، فعلى كل واحد سقى نخله، وإن كان ثمرها لغيره.

وقال سحنون: السقى على رب الثمرة؛ لأن القسم تمييز حق [لا][(٥)] كالبيع، فكان ما طاب لها هو نصيبه، وإنما كان السقى فى بيع الثمرة على البائع؛ لأنه باعها على حياتها من الماء؛ ولأنه يسقى نخله.

وأما من قاسم أصل حائطه [دون شربه][(٦)] فالسقى على البائع؛ لأن المبتاع لا يسلم له الأصل حتى يجذ البائع ثمرته، قاله مالك.

وقال المخزومى: على المشترى للأصل؛ لأنه يسقى نخله فتشرب ثمرة[(٧)] هذا.

---

(١) فى أ: كذلك.
(٢) فى أ: بالمزهر.
(٣) فى أ: نفاها.
(٤) سقط فى أ.
(٥) سقط فى أ.
(٦) سقط فى أ.
(٧) فى أ: مرة.

قال ابن حبيب: تقسم الثمار كلها بالخرص إذا بدا صلاحها، وإذا اختلفت الحاجة إليها وإن لم تختلف أو يبست فى شجرها، فلا تقسم إلا كيلا، قاله مالك وأصحابه إلا ابن القاسم لم يجز الخرص إلا فى النخل والكرم.

وإنما كره مالك قسم ما لا يدخر من الفواكه خرصا فى شجره؛ لعدم التقابض فى الوقت، فيجمع هذا اليوم وهذا غدا، فيلزم غدا ربا النَّسَاء، فلو جذاه جميعا قبل التراضى، جاز التحرى فى شجره بالتعديل والتفاضل؛ لجواز التفاضل فيه.

ولذلك منع من قسم البقل قبل الجذ خرصا؛ لعدم القبض فيصير طعاما بطعام لا يدا بيد، فلو جذاه قبل التفرق جاز، وقاله سحنون؛ لقوله فى قسم الزرع الأخضر وبيع فدان كراث بفدانين.

قال ابن حبيب: إلا البصل والثوم؛ لأنهما يدخران، فيمنع فيهما التفاضل، فلا يقسمان تحريا أخضرين ولا يابسين، ويقسمان يابسين عددا وكيلا.

قال ابن يونس: قسمه[١] عددا يدخله التفاضل، والصواب قسمه وزنا.

قال ابن حبيب: إن اختلفت حاجاتهم إليه وهو أخضر قائم بلغ الانتفاع - قسم خرصا؛ كمدخر الثمار[٢].

وقال اللخمى: يجوز القسم على التعديل فى الثمار، والتفاضل على وجه المكارمة، فيأخذ[٣] أحدهما خمسة أوسق، والآخر عشرة؛ كما يأخذ أحدهما من صبرتهما ستين، والآخر أربعين، إلا أن يكون فضل الكيل لمكان الزيادة.

وجعل مالك البلح الصغير كالعلف، فيجوز متفاضلا.

وجعله ابن القاسم كالبقل.

قال: وأرى اعتبار العادة[٤] فى ذلك الموضع:

إن كان للعلف، والأكل قليل فهو كالعروض.

أو للأكل، وغيره نادر، أو كلاهما كثير، فكالطعام.

وإذا كان كالعلف، جازت المقاسمة، وإن لم تختلف الحاجة، أو للطعام، فلا،

---

(١) فى ط: ليس قسمه.
(٢) فى ط: الثواب.
(٣) فى ط: فيذكر.
(٤) فى ط: العدد.

إلا أن يجذا معا، ويجوز متساويا ومتفاضلا، إلا أن تختلف الحاجة، فيجذ أحدهما دون الآخر.

والاختلاف فى قسم الفواكه بالخرص، اختلاف فى عادة لا فقه، فمتى كان قوم لهم عادة تخرصها، جاز، وإلا فلا.

ومنع ابن القاسم قسم البقل إذا اختلفت الحاجة فيه، كمنع مالك الخرص فيما يجوز فيه التفاضل؛ كالتفاح، وأجازه أشهب إذا بدا صلاحه، وليس مثل الزرع؛ لدخول التفاضل فيه، ولا يحاط به، فمنعه ابن القاسم إذا لم يعرف الخرص، وأجازه أشهب إذا تباين الفضل وخرج من حد الخطر، وهو قول ابن القاسم فى قسم اللبن: يحلب كل واحد غنما ناحية، إذا فضل أحدهما الآخر على وجه المعروف، ومنع سحنون؛ لأنه بيع طعام بطعام، وليس يدا بيد، ولو حلباه[١] قبل التفرق، جاز، والأول الصحيح؛ لأن المعروف يسقط الربا؛ كالقرض فى النقدين إلى أجل إجماعا.

قال مالك: كل ما يحرم فيه التفاضل لا يقسم بالتحرى رطبا ولا يابسا؛ حذرا من الربا، ومنه: السمن، والعسل، والبَيْض؛ لأن التحرى [لا][٢] يحيط به، وكل ما يجوز فيه التفاضل، يجوز تحريه فى شجره وعلى الأرض.

وقال أشهب: يجوز التحرى فى كل ما يوزن؛ كالخبز واللحم؛ لأن المكيال لا يفقد غالبا، ولو بالأكف.

ولا يصح قوله؛ لأنه لو باع عشر حفنات بكذا، امتنع، وقسمه جزافا أقل ضررا من الحفنات.

ومتى كانت الثمار غير مأبورة، لم يجز القسم بحال؛ لأن إطلاقه يدخل الثمار، وهى تئول إلى طعام، ويمتنع استثناؤها على البقاء بالإبار؛ لأن استثناء ما لم يؤبر فى البيع لا يجوز، وإن كانت مأبورة أو بلحا صغيرا أو كبيرا أو زهوا، فإطلاق القسم على الجواز؛ لعدم دخولها وبقائها على الشركة، ويمتنع اشتراط دخولها؛ لأنها تئول إلى الطعام، فهى طعام بطعام نسيئة، ومع التفاضل البلح الكبير.

فإن استثنى أحدهما، والآخر بلح صغير أو كبير أو زهو، أو أحدهما بلح كبير

---

(١) فى ط: طلباه.
(٢) سقط فى ط.

والآخر زهو - فإطلاق القسم على الجواز والثمار غير داخلة فى القسم، فإن اشترط دخولها فى القسم امتنع.

وإن اشترطت[1] إحداهما وبقيت الأخرى على الشركة، جاز، وإن كانت إحداهما مأبورة والأخرى غير مأبورة؛ لأن إطلاق القسم على الجواز، وغير المأبورة داخلة فى القسم لمن هى فى نخله، والمأبورة مبقاة على الشركة، وإن استثنى ما لم يؤبر ولم يدخلاها فى القسم، امتنع، وإن اشترطت المأبورة وأدخلاها فى القسم، امتنع، هذا كله عند ابن القاسم.

وقيل: يجوز جميع ذلك، وهو أحسن إذا لم تبلغ إلى حد تحريم التفاضل؛ كالبلح الكبير، والزهو.

فرع: فى الكتاب: يجوز قسم الزرع قبل بدو صلاحه تحريا على جذه مكانه، إن أمكن العدل فى التحرى وكذلك القصب، والتبن، فإن ترك الزرع حتى صار حبا، انتقض القسم واقتسماه كيلا، فإن حصد أحدهما حصته، وترك الآخر حتى تحبب انتقض؛ لامتناع بيع ذلك على الترك إلى الطيب، ويرد الحاصد قيمة ما حصد، فيجعل مع الزرع القائم بينهما؛ لأن القسم ههنا بيع.

والبلح الكبير إن اختلفت حاجتهم إليه - بأن يبيع أحدهما، ويأكل الآخر - قسم تحريا، ومن عرف ما حصل له، فهو قبض، وإن لم يجذه، ما لم يتركه حتى يزهى، فإن ترك أحدهما حصته أو تركاه جميعا حتى أزهى، بطل القسم؛ لامتناع بيعه على الترك حتى يزهى بخلاف الرطب، لجواز بيعه على الترك.

قال ابن يونس: قوله: «يرد الحاصد قيمة ما حصد»:

قال أشهب: يوم جذه لا على الرجاء والخوف.

ولو أكل أحدهما حصته، والآخر نصف حصته، وبقى نصفها حتى أزهى - بطل القسم فيما أزهى، ورد الآكلُ جميع حصته نصفَ قيمة ما صار له.

قال أشهب: يوم جذه لا على الرجاء والخوف، فيقسمان ذلك مع ما أزهى.

بخلاف من اشترى نخلا على أن يتركه حتى يطيب فيجذه بعد إزهائه، فهذا بيع فاسد، يرد على الرجاء والخوف؛ لدخوله على الترك، ودخول القاسم على الجذ.

---

(١) فى ط: اشترط.

فرع: قال اللخمى: قسم الأرض بما فيها من بذر أو زرع، يمتنع عند مالك، وابن القاسم، سواء خرج من الأرض أم لا، إلا أن يبلغ حد الطعام.

وعلى قول ابن مسلمة: [يجوز.

ويختلف إذا قسم على استثناء ما غاب بها:

جعله ابن القاسم كالذى لم يؤبر](١) إن لم يبرز من الأرض.

وكالمؤبر إن برز، وجعله محمد كغير المؤبر، وإن خرج ما لم يستقل كالشجرة والزهو. وقال عبد الوهاب: كالمؤبر وإن لم يبرز؛ لأنه حب كامل فى نفسه، ولاحظ الأول أن الأرض كالشجر والزهو.

فعلى قول ابن القاسم: يمتنع القسم قبل البروز؛ لامتناع استثنائه ولا يدخل فى المقاسمة ولا يجوز عند محمد إن لم يسبل، وسواء استثنى أو أدخل فى المقاسمة، فإن أسبل جاز استثناؤه، وامتنع إدخاله فى القسم؛ لاستقلاله.

وعلى قول عبد الوهاب: يجوز استثناؤه وإن لم يبرز؛ لأنه غير مجاوره، ويختلف إذا اقتسما ولم يشترطا فى البذر ولا فى الزرع، فعلى هذا القول: يحمل القسم على الجواز، وعلى أن البذر باق على الشركة، وإن لم يبرز.

وعلى قول محمد يكون محملها قبل البروز على الفساد، وبعد البروز على الجواز، وعلى أنه باق على الشركة، وإن لم يبرز، وعلى قول محمد وإن برز ولم يسبل.

قال: والأول أحسن؛ لأن البذر كسلعة أودعت فى الأرض، فيحمل القسم على الأرض دون ما فيها.

فإن كانت أرضان وبرز زرع أحدهما دون الآخر؛ لأن مطلق البيع على الجواز، ويكون ما لم يبرز لمن صارت له تلك الأرض، وما برز على الشركة، فإن استثنى ما برز مما فى أرضه ذلك الزرع، أو نصيبه ما لم يبرز، امتنع القسم عند ابن القاسم.

فرع: فى الكتاب: يقسم البسر أو الرطب بعد الجذاذ كيلا، وإن كان يختلف نقصانه عند يبسه؛ لجواز بيعه كذلك.

فرع: فى الكتاب: يقسم الصوف على الظهر إن جذاه إلى أيام قريبة يجوز بيعه

---

(١) سقط فى أ.

إليها، وإلا فلا؛ لأنه بيع مجهول.

فرع: فى الكتاب: يجمع البز كله الديباج، وثياب الكتان والقطن والحرير والصوف والأفرية، إذا لم يكن فى كل صنف ما يحمل القسم مفردًا وإلا قسم[١] مفردًا؛ نفيا للغرر.

وقال - أيضا - يجعل الجميع نوعًا واحدًا ويقسم بالقيمة؛ كما تقسم العبيد وفيها العلى والدنى، والذكر والأنثى، وكذلك الإبل والبقر.

وتجمع القمص الجباب والأردية والسراويلات فى القسم، ولا تضم البسط والوسائد مع الأمتعة والثياب، ولا تجمع الخيل والبراذين والحمير والبغال فى القسم بالسهم، بل كل صنف على حدة، والخيل والبراذين صنف والبغال صنف والحمير صنف.

فى التنبيهات: اختلف فى تأويل كلامه، فقيل: اختلاف.

قال: يقسم كل صنف وحده إن حمل القسم كان ثيابا أو عبيدا أو حيوانا، فتكون التفرقة على هذا استحسانا.

ومذهبه الآخر: يجمع الجنس كله فى القسم وإن احتمل؛ كما قال فى الثياب والعبيد.

ومذهبه الثالث: لا يجمع شىء إلى غيره وإن لم يحتمل القسم كان ثيابا أو دوابا.

وراعى[٢] أشهب فى الجميع ما يمتنع سلم بعضه فى بعض، وراعى ابن حبيب: التشابه فى الأصل والصفة؛ كالكتان مع القطن، والصوف مع المرعز، والحرير مع الخز؛ لأن القرعة غرر فتتقى بحسب الإمكان، فتجعل فى المتقارب دون المتباعد.

قال ابن يونس: لا يجمع اللؤلؤ مع الياقوت، والزبرجد مع الياقوت إلا بالتراضى.

وقال ابن حبيب: الحرير صنف، ولا يقسم الديباج مع الحرير والخز [وفراء الخز وإن صنف لا تضم لفراء القلنيات][٣]؛ لتباينها، ولا فراء معمولة إلى غير معمولة.

قال اللخمى: اتفق المذهب على قسم الديار والأرض بالقرعة، واختلف فى

(١) فى ط: ولا يقسم.
(٢) فى أ: ورأى غير.
(٣) بدل ما بين المعقوفين فى أ: وفى الجزاف لا تصنع.

غيرها من الحيوان والعروض، ومنع عبد الملك، وقال: يباع ويقسم ثمنه؛ لأن الأصل القرعة؛ لتضمنها نقل ملك الإنسان بغير رضاه.

ولأن كل واحد منهما قد يكون غرضه فيما صار لشريكه ويرجو حصوله ولولا ذلك لم يرض، والضرر فى خروج العقار عن الملك بالبيع ليس كغيره يجوز قسمه بالقرعة؛ ولذلك أجزنا له الشفعة دون غيره.

وقال (ش): يجبر على القسم فى المثليات والأرض؛ لقلة الغرر، بخلاف الدارين والحانوتين المختلفين ويجبر فى العبيد والدواب المستوية القيمة خلافا لـ (ح) ولا يجبر فى المختلفات التركى مع الزنجى، والعلو مع السفل؛ لاختلاف الأغراض، هذا مذهب (ش).

قال اللخمى: وجعل ابن القاسم الخيل والبراذين صنفا، والبغال والحمير صنفين، ومنع أشهب: الخيل والبراذين صنفا؛ لإسلام بعضها فى بعض، فإن كان كل قسم لا يحمل القسم مفردا بيع إلا أن يتراضوا فيجوز، وإن كان بالقرعة، وكذلك الخيل إن كان فرسا سابقا [لا يجمع][1] على قوله بالقرعة جبرا.

وقال ابن القاسم: البغال والحمير صنف لا يسلم بعضها فى بعض، وإذا امتنع السلم فالقسم أولى بالجمع؛ لأنه جمع فى السهم ما يسلم بعضه فى بعض، [وتجمع الإبل فى القسم إذا تقاربت صفاتها، يجوز إسلام بعضها فى بعض][2] ويختلف إذا تباينت فعلى أحد قولى ابن القاسم: يجوز اختيارا، وإن كان الجيد يحمل القسم مفردا، وعلى قوله الآخر: يمتنع إلا أن يحمل كل صنف القسم مفردًا، وعلى قول أشهب: يمتنع جبرا وإن لم يحمل القسم مفردًا.

قال صاحب المقدمات: اختلف فيما يجرى[3] فى القسم مجرى البيع؟ فما جاز إسلام بعضه فى بعض، امتنع جمعه فى القرعة، وما امتنع إسلام بعضه فى بعض، جاز جمعه.

وابن القاسم لم يجز على قياس جعل القسم تارة بيعًا وتارة أخف من البيع،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: يجمع.

فجمع ما يمتنع إسلام بعضه فى بعض؛ كجمعه البز - وهو أصناف - فى البيع، وتارة أشد من البيع كمنعه من جمع الخيل والبراذين والبغال والحمير، إلا أن يتأول أنه أراد إذا كان فى كل صنف ما يحمل القسم وهو أولى ما يحمل عليه قوله فتحصل من مذهبه على هذا التأويل ثلاثة أقوال.

تجمع الخيل والبراذين، والبغال والحمير، إن كان فى كل صنف ما يحمل القسم ولا تجمع إلا أن يكون كل صنف منها لا يحمل القسم.

ولا تجمع مطلقا.

وكذلك البز والثياب على هذا القياس، يكون فيه ثلاثة أقوال، وأجاز أشهب جمع الصنفين تراضيا، ومثله موجود لابن القاسم فى مسألة الكتاب فى النخلة والزيتونة، وهو مشكل؛ لأنه إذا كان غررا، امتنع الرضا به، وإلا لزم الجبر فيه، ومدار العلماء فى هذا الباب كله: على التقارب ونفى الغرر.

وفى الجواهر: قال مطرف: البز صنوف، لا يقرع إلا فى صنف متشابه، وإن عدل بالقيمة فالحرير أو الخز أو الصوف أو المرعز لا يضم [للقطن](١) والكتان، ولا مع البز ولا مع الديباج.

وقال عبد الملك: القطن والكتان من البياض صنف، وإن كان قمصا وأردية وعمائم وجبابا.

فرع: فى الكتاب: يقوم المقوم قيمة العدل، ثم يسهم عليه، وما خرج لزم بحكم الحاكم؛ لأن القاسم حاكم؛ أو لأنهم تراضوا به فهو كالرضا بالبيع يلزم، ويقسم على أقل السهام؛ لأنه يغنى عن إعادة القسم، فمن خرج [له](٢) سهمه، جمع له تمام نصيبه، ولا يفرق؛ لأنه ضرر، فإن تشاحوا فى البداية بأى الطرفين، أسهم عليها، ثم ما خرج أسهم بعد ذلك، فمن خرج جعل من تلك الجهات، وضم إليه فيها سهامه، ثم يضرب - أيضا(٣) - بالسهام للباقين، فإن تشاحوا فى أى الطرفين يبدأ، فكما تقدم، فإن بقى اثنان فتشاحا فى الطرفين، لم ينظر إلى قولهما، وضرب

---

(١) فى ط: مع التبن.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: البيضاء.

على أى الجهات شاء القاسم.

فإذا ترك امرأته وابنا أو عصبة، لم يسهم للمرأة إلا على أحد الطرفين لا فى الوسط، فتأخذ أحد الطرفين والباقى للولد أو العصبة، وكذلك إن كان الولد أو العصبة عددا.

ولا يسهم [بين][(١)] رجلين فى القسم، وإن رأى ذلك الباقون إلا فى مثل هذا؛ لأن فى الجمع زيادة غرر[(٢)] فى القرعة.

وقال صاحب التنبيهات: فأول ابن القاسم قول مالك نصيب اثنين فى القسم، اختلفا أو اتفقا، رضيا أو كرها، جمعهم سهم أو فرقهم، وغيره يرى جمع أهل كل سهم فى سهم واحد، رضوا أو كرهوا فإن شاءوا بقوا شركاء أو تقاسموا.

وقوله: يسهم للزوجة: قال ابن كنانة: مذهبه فى الزوجة وغيرها: يبدأ بالسهم لصاحب السهم القليل ويجعل فى طرف.

وقال المغيرة: يسهم للزوجة حيث خرج سهمها[(٣)]؛ لأن الأغراض تتعلق بالجهات لمصالح تتعلق بها، من قرب الماء، وغيره، وليس إجابة من غرضه فى المشرق أولى ممن غرضه فى المغرب، ولا معنى لقول ابن القاسم أن المراد بالطرفين: السهام؛ لأن السهام إن اختلفت فالمعتبر الأقل، أو استوت فالضرب لأحدهم ضرب للجميع.

قال اللخمى: إن كان مع الزوجة ابن واحد فكما قال فى الكتاب.

فإن كثر الأولاد، فهم كالواحد، يسهم لهم سهم، ثم يقتسمون إن شاءوا.

وعنه: كل واحد صاحب سهم.

وقال ابن القاسم: يتراضون ويسهم لهم سهم واحد؛ للخلاف فى ذلك.

والخلاف فى الأخ، وابن العم مع الزوجة، كما تقدم.

وإن كان أربع زوجات، ضرب لهن سهم واحد اتفاقا، فإن اجتمع زوجات، وجدات، وبنات، وعصبة – قسم على سهم العاصب؛ لأنه أقلهم – جزء من أربعة وعشرين – واستحسن إذا كانت تنقسم أثلاثا، والثلث لا يقبل القسم – أن يقسم

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: عذر.
(٣) فى ط: بينهما.

فتأخذ البنات نصيبهن ويشترك فى الباقى، بخلاف إذا كان القسم على جميعهم، إلا العاصب يقول كل واحد: يبقى العاصب مع غيرى، فتبقى الشركة على حالها؛ لعدم المرجح إلا أن يرضى أحدهم بضمه إليه، ولا يقرع على من يضم إليه؛ لئلا تتعدى القرعة محل مشروعيتها.

فإن اجتمع لأحدهم سهم من ميراث بعد ميراث أو ميراث وشراء من وارث، أو من ملك متقدم على الإرث، أو ميراث وهبة - جمع ذلك كله فى موضع واحد ويضرب له عليها بالسهم.

وفى القسم بين الورثة بقدر السهام لا على عدد الرءوس فلا يفرق بين أهل سهم فى القسم، ويقسم لأهل كل سهم نصيبهم فى حيز، ثم يقتسمونه قسمة ثانية إن شاءوا أو يتركونه.

وفى النوادر: إن طلب أحد الإخوة لأم إفراد نصيبه فى القسم، لا يجاب إلى ذلك، حتى يقسم لإخوته قسما واحدا؛ لأن شفعته لأهل سهمه فيفردوا بالقسم فى حيز؛ ولأن المقصود بالقسم إنما هو إخراج السهام، وقد تقدم من كلام اللخمى: أن القسمة تقع مع الجدات والبنات والزوجات وعاصب، قسم على سهم العاصب أربعة وعشرين، فقد أفردت كل زوجة وكل جدة، فهو مخالف لقول ابن الجلاب مع أن قوله منقول فى الدواوين، والظاهر: حمله على ما إذا انفرد ذو الفرائض، دون عاصب يقتضى التوزيع على أقل من تلك السهام.

وفى الجواهر: صفة القرعة:

تكتب أسماء الشركاء فى رقاع، وتجعل فى بنادق طين أو غيره، وترمى كل بندقية، فمن حصل [اسمه فى جهة](١)، أخذ حقه متصلا فى تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء والجهات، ثم تخرج البندقة من الأسماء، ثم أول بندقة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه(٢) فى تلك الجهة.

وفى النوادر: ترك ابنا، وثلاث بنات، ودارين، فوهبت إحداهن لأخيها ميراثها من إحدى الدارين:

---

(١) فى ط: سهمه فى سهمه.
(٢) فى ط: سهمه.

قال سحنون: تقسم الدار خمسة أجزاء فإذا خرج سهم الغلام جمع له سهمان، فإذا خرج سهم إحداهن أخذ الثالث، ثم يسهم فتأخذ الثانية الخمس الرابع، ثم الباقى للثالثة، فإن خرج أولا لإحداهن خرجن قبله فله الباقى، فإن وقع سهم الواهبة فى الدار الموهوبة، فسهمها للموهوب، أو فى الدار الأخرى بطلت هبتها[1]، فإن اختلفت الداران فكانت واحدة مبنية والأخرى قاعة قسمتا مفردتين، فإن كانت الهبة فى المبنية جمع للواهبة فيها سهمان من خمسة بالقيمة، أو فى القاعة فكذلك.

ومتى كانت الداران لا يجمعان فى القسم، جمع للموهوبة سهمان فى موضع، إلا أن يقتسموا التى ليست الهبة فيها.

فرع: قال صاحب التنبيهات: يقسم الماء بالقلد.

فائدة: قال: القِلْد - بكسر القاف وسكون اللام - وهو: القدر التى يقسم بها الماء قاله جماعة: وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، يقال: سقينا أرضنا بقلدنا، أى: بحظنا.

وقال ابن قتيبة: هو سقى الزرع وقت حاجته.

تمهيد: قال صاحب التنبيهات: اختلف الأصحاب فى ضبط القلد، فذكروا صفات، وأورد بعضهم على بعض أسئلة كثيرة، وقد جمعت ذلك محررا.

فقال عبد الملك، وأصبغ، وغيرهما: يثقب أسفل قدر بمثقب يمسكه الأمينان عندهما، ويعلق على قصرية، ويصب الماء فيها مع الفجر، وكلما قرب فراغه، صب إلى الفجر من القدر، ويقسم الماء المجتمع على أقلهم سهما أو كيلا أو وزنا، ثم يجعل لكل شريك قدر يحمل سهمه، ويثقب بالمثقب الأول، ويعلق بمائه، ويصرف الماء كله إليه فيسقى ما دام الماء يسيل من القدر، فإن تشاحوا فى التبدئة، استهموا.

وقيل: هذا فاسد، إذا كان بعضهم أكثر سهما؛ لأن كبر القدر يوجب الثقل وشدة الجرية، أمثال غيره بضغط الماء فيعين صاحبه، وإنما يصح من تساوى الأنضباء، بل تجعل القدور مستوية ويأخذ السهم الكثير عددا من القدور.

وأيضا قولهم: «يصب الماء عند الفراغ» باطل؛ لأن جرية الماء عند امتلاء القدر

---

(١) فى ط: بينهما.

أشد، بل ينبغى صب الماء عند أول النقص.

وأيضا ينقضى الليل والنهار فى القدور المفترقة قبل تمام الماء فى القدر الواحدة، ويزيدان مع القدور، لأجل ثقل الماء فى الواحدة، فيفضل مع القدور من الليل والنهار فضل، ومن الأشراك من لم يسق.

وقال ابن العطار: بل يكفى نصيب الأقل فى القلد، ويسقى إلى أن يذهب فيلقى فيه مكيلة للآخر كذلك، حتى ينقضى اليوم والليل، والسؤال الأخير وارد على ابن العطار، فيأخذ صاحب الماء القليل أكثر من حقه؛ لضعف جرية مائه، ويفضل من الزمان والأشراك كما تقدم.

وقال غير ابن العطار من الصقليين: لا يلتزم الليل واليوم، بل يبتدئ أى وقت شاء أو يقرعوا إذا فرغت نوبهم، وإن زاد على اليوم والليلة، وقاله ابن يونس، فسلم من السؤال الأخير، ومن سؤال آخر سيأتى فى الليل والنهار؛ لدوران النوب فى الليل والنهار، فمن سقى بالليل مرة سقى بالنهار أخرى.

وقال ابن لبابة: تؤخذ قدر مستوية يثقب فى جانبها ثقب بقدر الأنصباء لكل قسط ثقب بقدر مبلغ ماء القسط الأول فى جانبها، وتثقب للثالث آخر الثانى هكذا، فمن خرج سهمه ألقى ماؤه فى القلد، فإن أخرجت القرعة من له ثلاثة أقساط فتح الثقب الأول، فإذا انقضى القسط الذى فوق فتح الثانى، ثم كذلك للثالث فإذا تم انقضى سهمه.

ويرد عليه: أن خروج قسط ماء من ثقب تحته فى جانب القدر ليس كقوة خروجه أولا من أسفل القلد وهو مملوء.

وقال ابن أبى زمنين: بل يثقب لصاحب الثلث ثقب فى ثلث القدر، ولصاحب النصف فى نصفها على قدر سهامهم.

ويرد عليه: الوارد على ابن لبابة.

قال القاضى: والذى يظهر لى ما يسلم من هذه الأسئلة، وهو أقل عملا وأوانى، وهو أن ينصب مع الفجر ولا يتركه ينقص، ثم يقسم ماء يوم وليلة على ما تقدم، أو تجعل أوانى تحته عرفنا وزنها أو كيلها، كلما امتلأت أزلناها ونصبنا أخرى مثلها، وأرقنا الأول، وأدركنا بها نقص القلد، ثم هكذا يتناول بين اثنين حتى يمضى النهار والليل، وقد عرفنا عدد ما ملأناه من الأوانى ونستغنى بذلك عن إعداد الماء فى

الجرار للسكب فى القلد، وعن إعداد القصارى لجمع الماء ثم نقسم ذلك، وعرفنا ما يقع لكل سهم بتلك الاثنين، ونحفظها ثم نعلق القلد مملوءًا؛ كما فعلنا أولا، ونصبنا تحته الآنية مع الفجر وبدأنا بالأول، كما تقدم، وفتحنا الثقب، وكلما نقص [من الماء][1] شيء عوضناه على ما تقدم حتى يعتدل عند السقى؛ كما اعتدل [أولا، فإذا امتلأت][2] هذه الآنية، فمن كانت قدر نصيبه حول الماء، وجعلت الأخرى لغيره، وأريقت هذه واستدركت منها ما نقب من ماء القلد، ومن له اثنان [سقى حتى يمتلئ اثنان، وكذلك من له ثلاثة وداولنا بعدهما بين الاثنين][3] أبدا، ولا يحتاج إلى غيرهما ويتعاهد القدر فى كل ذلك، فتذهب الاعتراضات كلها إلا واحدا وهو: أن السقى بالليل قد يرغب فيه لكثرة الماء فيه وسرعة جريته؛ لغلبة الرطوبة على الأرض؛ والهواء ليلا؛ والراحة من حر الشمس؛ وأنه أحسن للشجر والنبات، وقد يرغب فى النهار؛ لقلة مؤنته والراحة من الظلام والسهر ولا يصح جمعهما فى قرعة؛ للاختلاف.

فينبغى أن يفرق القلد، فيجعل سهم الليل وحده، والنهار وحده، إلا أن يقال: إن هذا تدعو إليه الضرورة كقسم الدار فيها بناءان: عتيق، وجديد، والأرض منها خسيس ونفيس وقال ابن لبابة: أحب إلى قسم ماء كل ليلة وكل يوم على شهور العجم؛ لاختلاف الليالى والأيام.

قال القاضى: وهذا شاق؛ لاحتياج كل ليلة أو يوم لمقياس، أو نصف السنة، ويلحق به النصف الآخر.

قال ابن العطار: ينظر إلى بعيد الأرض وقريبها، إن كان أصل اشتراكهما بميراث أو غيره، ثم تقاسموا - استوى القريب والبعيد، وليس للبعيد أن يقول: لا يحسب على الماء حتى يدخل أرضى؛ لأن أرضه عند القسم قومت ببعدها عن القلد بقيمة أقل، وإن لم يكن فى الأرضين قسم ولا اشتراك ولا كيف ملكها إلا أنهم شركاء فى الماء - فلا يحسب على البعيد حتى يدخل أرضه.

وعند عبد الملك فى القوم يرثون الأرض عليها ماء مأمون كثير، يقتسمون

---

(١) فى ط: منها.
(٢) بياض فى ط.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الأرض، وبعضهم أقرب للعين، فيقل الماء، فيصير يقوم بالقريب دون البعيد، فأرادوا إعادة القسم - فيمضى قسم الأرض ويعاد قسم الماء، فيزاد للبعيد على القريب حتى يستووا فيه فيعطى البعيد أكثر؛ كما لو قسمت بالماء أولًا.

قال القاضى: وعلى هذا لا يصح قسم ماء القلد، ولا قياسه، ولا جمع ما يخرج منه حتى يطلق أولا الماء إلى الأرض، وما أثقب القلد يجرى حينئذ فى الأرض مراقا غير مجموع ولا محسوب، فإذا ورد أرضه أشهد الشهود ببلوغه بصوت، أو ضرب بشىء يبلغهم صوته [لوقته][١] فيبتدرون بجمع الماء فى الآنية، وحسابه، على ما تقدم.

قال القاضى: وهذا جمع فى أمر القلد لا يكاد يوجد فى كتاب مجموعا هكذا.

النظر الثانى: فى أحكام القسمة، وهى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: فى التداعى.

[فى الكتاب][٢]: إذا ادعى بعد القسم غلطا، مضى القسم ويحلف المنكر؛ لأن الأصل عدم الغلط إلا أن تقوم بينة أو يتفاحش الغلط، فينتقض؛ لعدم الرضا به.

وقال الشافعية: إذا قلنا: هى بيع، لا تنفع دعوى الغلط.

ولو ادعى دخول ثوب فى قسمه، لم ينقض إذا أشبه قسم الناس، وحلف المنكر.

وكذلك: إذا تكافأت بينتاهما؛ لأن الأصل عدم الاختلاط والغلط، وليس كمن باع عشرة فقبضها المبتاع، ثم ادعى البائع الغلط بالعاشر، إن كانت قائمة، انتقض البيع بعد أيمانهما بخلاف القسم؛ لاتفاقهما فى البيع على عدم دخوله فى البيع، والأصل عدم العدوان.

ولو اقتسما دارا فتداعيا بيتا ليس بيد أحدهما، تحالفا وتفاسخا؛ لعدم تعينه لأحدهما ومن حاز البيت أو أقام بينة صدق؛ لرجحان حجته، ومن لزمته يمين فنكل، لم يقض لغريمه حتى يحلف ليكمل السبب.

ولو قال كل واحد: الساحة من هنا ودفع إلى جهة صاحبه إن اقتسما البيوت على

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

حدة والساحة على حدة - تحالفا وفسخ قسم الساحة وحدها؛ لعدم تعيين القسم فيها على حاله. وإن جمعها القسم تراضيا، فسخ الجميع إن حلف؛ لعدم رجحان أحدهما.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يمين على منكر الغلط؛ كالكاتب على تقسيمه[١] ذكر حق ثم يدعى الغلط فى المحاسبة: قال ابن حبيب: إذا ادعى الغلط بعد القسم:

إن اقتسموا بالتراضى بغير سهم وهم جائزو الأمر - لا ينظر إلى دعوى الغلط كان ببينة أو بغيرها؛ لأنه كبيع التساوم ويلزم فيه الغبن.

فإن اقتسموا بالقرعة، قبل قوله بالبينة ويتفاحش الغلط، ويرد القسم؛ كبيع المرابحة، ولا يعدلوا الأنصباء على البقاء على سهامهم، لكن يقسم ثانية، ولو لم يكن الغلط إلا فى نصيب واحد بزيادة، لنقض القسم، فإن فات نصيبه بالبناء، رجع عليه من نقض سهمه بقيمة ذلك مالا، فإن فات ببيع ولم يبن المبتاع، نقض بيعه ورد القسم، فإن بنى رجع ناقص السهم على البائع بقيمة ذلك مالا، فإن لم يجد عنده شيئا، رجع على المشترى بذلك مالا، ورجع المشترى على البائع فى ذمته.

قال أبو محمد: كيف يرجع على المشترى وبماذا يرجع؟ بحصة الثمن أو القيمة؟ فالذى أراد ابن حبيب الرجوع بقيمة نقص سهمه.

قال ابن حبيب: وإن بنى الذى لم تقع الزيادة فى سهمه ولا الذى الزيادة عنده، انتقض القسم فيما لم يبن[٢] من السهام؛ لعدم الفوت فيها وفى السهم الذى فيه الزيادة، وما فات بالبناء، فما لم يقع فيه غلط مضى.

وإنما قال فى مسألة البيع: إذا كانت الثياب قائمة، تحالفا وتفاسخا؛ لأن الشقق الأخرى[٣] اختلفا فى ثمنها، فيقول المبتاع: ثمنها تسعة أعشار الثمن، ويقول البائع: بل جميع الثمن، فإن فاتت الثياب بحوالة الأسواق، حلف المبتاع: أنه ما ابتاع إلا عشرة، والبائع: ما باع إلا تسعة - ويأخذ ثوبا منها شقة بحصتها من الثمن المصادق عليه، فإن فاتت بذهاب أعيانها، فإن كانت قيمة الثوب منها أكثر مما

---

(١) فى ط: نفسه.
(٢) فى ط: يبقى.
(٣) فى ط: الآخر.

يخصه[١] من الثمن - حلف[٢] المبتاع ولزمه ما يخص تسعة، وحلف البائع وأخذ قيمة العاشر[٣]، وإن كانت قيمته مثل حصته من الثمن فأقل، حلف المبتاع وبرئ.

قال ابن عبدوس: وقال أشهب في القسم: يتحالفان ويتفاسخان، قال: وأنا أقول يقتسمان هذا الثوب نصفين بعد أيمانهما.

قال اللخمي: دعوى الغلط أربعة أقسام:

أحدها: أن يعدلا ذلك بالقيمة والقرعة أو بغير قرعة فإن قال أهل المعرفة: كان ذلك سواء أو قريبا فلا ينقض القسم، وصدق مدعى الوهم أو الغلط.

وثانيها: أن يقولا هذه الدار تكافئ تلك الدار، أوالعبد يكافئ ذلك العبد، من غير ذكر قيمة يقرعه أم لا؟ فكالأول؛ لأن مقصود ذلك التعديل وعدم الرضا بالغبن، وكذلك هذه الدار تكافئ هذا المتاع أو هذا العبد.

وثالثها: خذ هذه الدار أو العبد وأنا هذه الدار أو العبد من غير تقويم وذكر مكافأة، فإن كان القسم بالتراضي - مضى القسم بالغبن؛ كالبيع إلا على من قال: الغبن في البيع يرد، وإن اقتسما بالقرعة عالمين بالتفاوت، فسد القسم؛ لاشتمال القرعة على الغبن، وفسخ قهرا، وإن لم يدع لذلك، فإن طلبا التساوى، جاز، والقيام في ذلك كالعيب، فإن قام به من عنده الغبن، فسخت القسمة، وإن رضي به مضت.

والرابعة: الاختلاف في الصفة[٤] التي وقع عليها القسم: يقتسمان عشرة أثواب، يقول أحدهما: ستة لي بالقسم، ويقول الآخر: بل خمسة، وخمسة، وسلمته غلطا - فيصدق الحائز له - عند ابن القاسم - مع يمينه إذا أتى بما يشبه؛ لإقراره بدخوله في القسم، والأصل: عدم الغلط، ولادعائه وقوع القرعة فاسدة، وتصرفات العقلاء محمولة على الصحة، فيصدق مدعيها؛ كالبيع.

وقال أشهب: لا يمين عليه إن قال: سلمته غلطا، وإن قال: سلمته وديعة، صدق مع يمينه أنه قاسم خمسة وخمسة، وخير الآخر بين إسلامه، أو يحلف أنه

---

(١) في ط: يخصها.
(٢) زاد في ط: فأقل.
(٣) في ط: الثوب.
(٤) في ط: القسمة.

قاسمه ستة وأربعة، ويتفاسخان ذلك الثوب وحده.

قال ابن حبيب: إن اقتسما بالتراضى، لم ينظر [للدعوى][١] وإن كثر الغلط كبيع المساومة يلزم، أو بالقرعة بتعديل القسم، لم يقبل قوله إلا بتفاحش الغلط، ويرد القسم.

قال اللخمى: فإن أشكل القسم صدق من بيده السادس، إن أقر الآخر أنه سلمه غلطا، أو للإيداع، تحالفا وتفاسخا[٢] القسم كله.

وإن حاز أحدهما: صدق مع يمينه، فإن نكل حلف الآخر وأخذه.

وأما اختلافهما فى حد الجدار، فيقول أحدهما: الحد من ههنا ودفع عن جانبه.

وقال الآخر: من ههنا ودفع إلى جانب صاحبه، فقد تقدم، فإن ادعى أحدهما معرفة الحد وشك الآخر - صدق مدعى العلم، واختلف فى يمينه، فإن شكا، قسما المشكوك فيه؛ لعدم رجحان أحدهما.

فرع: قال اللخمى: إن [لم يباشرا][٣] القسم ووكلا ثم ادعيا غلط القاسم أو جوره - رجع الأمر إلى السلطان، فإن وجده على التعديل مضى.

فإن رضيا بالنقض، استأنفا القرعة، أو التراضى بالقسم [مرة أخرى][٤] امتنع لانتقالهم من معلوم معين إلى مجهول مستقبل، وإن تراضيا بالنقض ليأخذ كل واحد شيئا معينا، جاز وإن وجدا على غير تعديله نقض كان القسم برضا الورثة أو ببعثه من السلطان، ولم ير مالك قسم القاسم كحكم الحاكم، وإن كانا معا مجتهدين؛ فالحاكم لا ينقض اجتهاده باجتهاد غيره.

واختلف فى نقضه هو إذا تبين الخطأ.

ابن القاسم ينقضه هو وغيره إذا كان خطأ بينا، لمخالفة النص؛ لأنه إنما دعى إلى القسم بالتعديل، والغلط يعرف قطعا.

وقال أشهب: هما سواء، إذا تبين الغلط يرد، وإن كان مما يكون من القسام، جاز على من أسهم له ينظر فى الحصص الباقية، فإن كانت إذا أعيدت خرج على ما

---

(١) فى ط: إلى غيره.
(٢) فى ط: وتقاضى.
(٣) بياض فى ط.
(٤) سقط فى ط.

هو أحسن، أعيد القسم، وينقض الأول، وكذلك قال فى القاضى، إذا حكم بشاذ مباين للحق، نقضه غيره، أو قريب، لم ينقض، وإن لم يباين، لم يكن لغير القاسم نقضه، ولا ينقض اجتهاده باجتهاد غيره.

ويختلف: هل ينقضه القاسم نفسه إذا تبين له أن غير الأول الصواب. وإن كانت [دارا فأخذها][1] على السهام فأعطى بعضهم ثم تبين أن غير ذلك أحسن - أعيد القسم فيما لم يقرع[2] عليه، ويختلف فيما مضى، هل ينقض أم لا؟ وإذا لم يتبين الغلط حتى وقع هدم أو بناء، لم يكن من يرجع عليه فى الهدم شىء، ويختلف هل يغيته البناء أم لا؟ لأنه بإذن الشريك.

قاعدة: المدعى أبدا[3]: من خالف أصلا؛ كالمدعى شغل الذمم لأن الأصل براءتها؛ لولادة كل أحد بريئا [أو خالف عرفا][4]؛ كمدعى رد الوديعة بغير بينة وقد أخذها ببينة، فإن العادة تقتضى أنه إذا أشهد عليه أشهد، وكالوصى يدعى إنفاق ما يخالف العادة.

والمدعى عليه: [من][5] قوله موافق الأصل؛ كالمدعى عليه شغل ذمته. أو عرفا؛ كاليتيم إذا بلغ فيما تقدم فيصير المدعى عليه الطالب لا المطلوب.

وقيل: المدعى عليه أرجح المتداعيين سببا، وهو نحو الأول.

وهذه القاعدة تقرير قوله - عليه السلام -: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنِ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[6]، فعلى هذه القاعدة يتخرج من يحلف، ومن يطالب بالبينة فى هذا الباب، وفى غيره من أبواب الفقه.

فرع: فى النوادر: قال مطرف: إذا أخطئوا فى القسم فى الأرض، فسخ

(١) بياض فى ط.
(٢) فى ط: اقترع.
(٣) فى ط: إبراء.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.
(٦) أخرجه البخارى (٨/ ٢١٣) كتاب التفسير: سورة آل عمران: باب ﴿إن الذين يشترون﴾ (٤٥٥٢)، وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٣٦) كتاب الأقضية: باب اليمين على المدعى عليه (١ - ١٧١١).

ولا يعدلون بينهم ويقرون عليه؛ لأنه إقامة على تصرف فاسد؛ كإقرار البيع الفاسد، وكذلك لو لم يقع إلا فى نصيب واحد، لأعيد ما لم يفت ببناء من الذى وقع ذلك فى سهمه، فيرجع بقيمة نقضه مالا. ولو باع ولم يبن[1]، رد البيع، وفسخ القسم، فإن بنى المشترى، رجع ناقض السهم على البائع بقيمة ذلك [مالا، فإن لم يجده موسرا][2] رجع على المشترى مالا أيضا، ورجع المشترى على البائع فى ذمته، فلو بنى غير الزائد السهم، انتقض القسم فيما لم يبن، وفى السهم الذى فيه الزيادة؛ كما تقدم، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه الغلط يمضى.

القسم الثانى: فى الطوارئ بعد القسمة

وهى خمسة:

الطارئ الأول: الاستحقاق

فى الكتاب: إذا وجد بنصيبه عيبا وهو وجهه أو أكثره - رد الجميع؛ كالعبيد فى البيع، وإذا استحق اليسير؛ كبيت من دار عظيمة - رجع بحصته فى الثمن فى البيع والقسم ولزم الباقى، أو الكثير رد الجميع؛ نفيا للضرر.

قال صاحب التنبيهات: جاءت الألفاظ مشكلة فى العيب والاستحقاق، فقيل: مردودة إلى جادة المذهب، وقيل: أقوال مختلفة.

وقيل: اختلفت؛ لاختلاف الأسئلة.

وقيل: أغلاط وأوهام وقعت فى الكتاب؛ لأن سحنون لم يصلح كتاب القسم، بل تركه على أسئلة أسد بن الفرات.

وقيل: مذهبه فى الاستحقاق والعيب فى القسم لا ينتقض، غير مذهبه فى البيع ينتقض، فمن ذلك قوله: اقتسما عبدين أخذ كل واحد منهما واحدا، فاستحق نصف أحد العبدين، قال: يرجع صاحبه على الآخر بربع العبد الذى فى يديه، أو بقيمته إن فات؛ لأنه ثمن ما استحق من العبد الذى فى يديه من نصيب صاحبه؛ لأنه كان لكل واحد من كل عبد نصفه، فلما استحق بقسم هذا الاستحقاق على النصف الذى كان لك، وعلى النصف الذى اشتريت من صاحبك، فيكون نصف النصف الذى يستحق

---

(١) فى ط: يبين.

(٢) بياض فى ط.

من نصيبك، ونصف النصف من صاحبك وهو الربع، فرجع به، فلم يفسخ القسم، والمستحق نصف حصته، وهو كثير على أصله.

قيل: إنما قال ذلك وإن كان يفسخ بالنصف؛ لأن المردود الربع ههنا، وهو من جملة صفقة القسم، وهو قليل، وبالحقيقة الربع ههنا نصف المعاوضة.

ومن ذلك: قوله: اشترى عبدا فباع نصفه فاستحق [ربعه][(١)]، يخير المبتاع الثانى بين الرد [وبين حبس الباقى بعد الاستحقاق][(٢)] ويرجع المشترى الأول على بائعه بما استحق عليه مما اشترى - وهو ثمن الربع؛ لأن الربع المستحق منهما، ويرجع المشترى[(٣)] الأول - أيضا - ويكون مخيرا، فجعلهما يرجعان، وكل واحد منهما إنما استحق مما فى يديه الأقل؛ لأن المشترى الثانى إنما استحق منه الثمن، والأول كذلك إن لم يرجع عليه، والربع إن رده عليه، فهو خلاف قوله أولا هنا، على أصله فى استحقاق العبد أنه مخير بين رد اليسير؛ نفيا لضرر الشركة، فقد فرق فى استحقاق اليسير من العبد المشترى أن له الرد؛ لضرر الشركة، وبين مسألة القسم، وذكر أنه إن رد فى القسم، رجع على الشركة، فقيل: اختلاف لمسألة العبدين إذ لم يجعل له الرد، وقيل: بل الفرق: أن فى العبدين إنما الشركة بين المتقاسمين فى كل وجه، وفى مسألة مشترى النصف معهم شريك ثالث وهو البائع الأول فزاد الضرر وقسمت حز من العبدين ثلاثًا، وقيل: بل لمزيد الضرر؛ لأنه استحق منه نصف صفقته وهوكثير؛ كطعام استحق نصفه، بخلاف العبدين.

قال: وهو غلط؛ لأن المشترى للنصف إنما استحق منه ربع صفقته؛ كمسألة العبدين.

وأما الدار أو الدور يستحق بعضها، فلم يختلف قوله: أن فى استحقاق اليسير يرجع بحصته من الثمن ذهبا أو فضة، لا فيما بيده، إلا على ما ذكره فضل: أنه يرجع بيسير فى الثمن، ولم يختلف قوله أن القسم لا ينتقض.

واختلف قوله فى صفة الرجوع، فقال مرة: يرجع بقيمة نصف المستحق من يده، وقال مرة: قيمة نصف مثل ذلك الجزء مما بيده، وهو أصل مذهبه، وهو عدل.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: يرجع ويشترى.

وقال أشهب: يرجع فى العيب باليسير مما بيده شريكا.

وقال عبد الملك: ينتقض قسم السهام باستحقاق اليسير، فإن استحق من الدار أو الدور ما فيه ضرر وليس بالجل، اضطرب جوابه:

فقال مرة: إن اقتسما دارا فأخذ أحدهما ربعها من مقدمها، فاستحق نصفها بيده، رجع بربع قيمة ما بيده، فإن استحق نصف ما بيد الآخر - وهو الثلاثة أرباع - فكذلك، فصرح بأن استحقاق النصف لا ينقض القسم وأنه فى حيز اليسير، ثم قال بأثر المسألة: لا ينتقض القسم باليسير، إنما ينتقض بالجل.

وقال ابن القاسم: ينتقض بالثلث وجعله كثيرا، فقيل: رجوع عما تقدم. وقيل: لا، والثلث والنصف كثير.

وفرق ابن لبابة بين الدار والدور، فلا يراعى فى الدور الكثيرة، إلا الجل، وجعله مذهب الكتاب، وسوى غيره.

وقال ابن أبى زيد: مذهب الكتاب: لا ينتقض القسم إلا بالجل من النصيب، أو ما فيه ضرر، بخلاف البيع.

وقوله: يرد القسم إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هدم، وذكر البناء فى موضع آخر، وهو يدل على أن اليد يد ضمان.

وأمر سحنون بطرح لفظ البيع، وقال: إذا باعوا فعليهم الثمن، وعنه أنه فوت، وعنه[1]: الهدم ليس فوتا.

ويقال: جر الثلث مهدوما، قال سحنون: هو اختلاف من قوله، وعند سحنون: لا يضمن فى القسم ما هو بأمر الله ولا من سببه من بيع أو عتق أو هبة، وإنما يطلب بثمن المبيع، وعين العبد، فيشارك بما يصيبه فيه إن كان موهوبا، وبقيمة ما يجب له من الشقص، يقوم على معتقه إن عتق.

ويضمنه أشهب بكل ما يكون من سببه دون السماوى.

ولابن القاسم فى كون الهدم والبيع فوتا فى القسم قولان، والأشبه بأصولهم الفوت.

ولم ير سحنون الهدم والبيع والبناء فوتا.

---

(١) فى ط: وعند.

وقال فى أم الولد المستحقة: يأخذها وقيمة ولدها؛ لأنه قد يميل إليها فهو أحق بها، وقال - أيضا - لا يأخذها بل قيمة ولدها وقيمتها إلا أن يكون فى ذلك ضرر من عار أو غيره.

قال ابن يونس: قول أبى محمد: يفوت العيب باختلاف الأسواق، ليس لملك بل فوت عوضه، والعوض فى القسم أقامه ابن حبيب مقامه فى البيع.

وقوله فى الكتاب: لا يأتى بحنطة معيبة[1] فى القسم إذا اطلع على العيب بعد الطحن، لعدم الإحاطة بمقداره بل يرد القيمة، ويرد الآخر الطعام الذى أخذه، أو مكيلته ثم يقتسمان[2] ذلك وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب فى حنطة صاحبه؛ لئلا يدخله التفاضل فى الطعام.

وقال أشهب: يرد الحنطة ثم يقتسمان ذلك وحصة الآخر.

وعن سحنون: يشتركان بقيمة الطحين فى الدقيق وما بقى، وحصة الآخر بينهما.

قال اللخمى: إذا كان المعيب النصف، ليس له رد السالم عند ابن القاسم؛ كما فى مسألة الجاريتين يستحق نصف ما فى يد إحداهما.

وخيره أشهب بين التمسك بالباقى، أو رد الجميع.

فإن كان العيب بأيسر ما فى يده، له الرد - عند ابن القاسم - ويرجع بما ينوبه دراهم أو دنانير.

وجعلهما أشهب شريكين.

ونقض محمد القسم بالاستحقاق قل أو كثر، قال: وأرى إن كان القسم بالتراضى، فما قال ابن القاسم فى جميع الوجوه بالقرعة، قدم طالب نقض القسم وإن قل المعيب والمستحق؛ لأن تلك القرعة غير مشروعة.

وحيث له الرجوع فى السالم والقسم بتراضٍ، فما قاله ابن القاسم من الفوت بحوالة الأسواق، فما فوقها[3] من تغير أو زيادة، إلا الديار فلا تفيتها حوالة الأسواق؛ لأن الديار لا تطلب للتجر - غالبا - ولا تعرض للأسواق، فلا تؤثر فيها، ويفيت الجميع البيع والهبة والصدقة والحبس والقسمة، وإن كان القسم بالقرعة،

---

(١) فى ط: معينة.
(٢) فى أ: يقسمان.
(٣) فى ط: فوتها.

فقيل: بيع، والجواب كالأول.

وقال أشهب: لا، فلا يفيتها[١] حوالة الأسواق ولا النماء والنقص، بل البيع والحبس يفيتان؛ لتعلق حق الغير ويرجع بالقيمة يوم القسم، بخلاف البيع لضمان البائع للمبيع، والمقاسم غير ضامن.

ويرد على أشهب الفوت[٢] بذهاب اليد بعد القسم.

قال سحنون: إن باع أحدهما عبده، واستحق عبد الآخر كان الثمن بينهما؛ لأنه بدل العين، وقد تعلق حق الغير بها، وإن حملت [الأمة][٣]، ضمن يوم الحمل؛ لأنه وقت سبب الفوات.

وعند أشهب: يوم القسم؛ لأنه يوم وضع اليد.

وإن وهب أو حبس، جاز فى نصيبه على أصل سحنون، ويأخذ شريكه نصيبه من الموهوب له، إن كان مما ينقسم قاسمه، وإن أعتق، ضمن قيمة نصيبه يوم القسم وعلى أصل سحنون؛ يقوم نصيبه ليقوم عليه شريكه يوم التقويم إن كان مليئًا واتفق أشهب وسحنون إذا لم يخرج من اليد أن النماء والنقصان بينهما وليس بفوت، فإن خرج ببيع أو هبة أو صدقة أو حبس أو عتق:

فعند أشهب: فوت، والقيمة يوم القسم؛ لأن الشريك سلطه.

وقال سحنون: فوت، والقيمة يوم الفوت.

وعنه: يرجع فى الهبة إن وهب أو تصدق؛ كالمستحق، وإن أعتق فالاستكمال فى العتق يوم الرجوع، فإن فات بعد العتق وقبل الرجوع، لم يضمن صاحبه على أحد قولى سحنون.

فرع: فى الكتاب: إذا بنى أحدهما أو غرس، ثم استحق نصف نصيبه، فذلك فوت، وكذلك إن استحق نصف الذى لم يبن، ويرد غير البانى ما بقى، والثانى قيمة جميع نصيبه، ويقتسمان ذلك إن كان المستحق كثيرًا وإلا ترك القسم، ورجع بنصف قيمته؛ لبقاء وجه الصفقة.

ونقضه (ش)، وابن حنبل مطلقا؛ لوقوع القسم على غير معدل.

---

(١) فى ط: تفيتها.

(٢) فى أ: الموت.

(٣) سقط فى أ.

وقال (ح): لا ينتقض مطلقا، بل يخير المستحق منه بين فسخ القسم؛ لكونه على معدل، وبين الرجوع على الشركاء توفية لحقه، ولا يتعين القسم[(١)]؛ لعدم دخولهما على عدم التعديل ابتداء.

لنا: أن التفرقة بين القليل والكثير جمع بين المدارك فتكون أولًا.

ولو وقع فى نصيب البانى[(٢)] فإما يدفع المستحق قيمة البناء قائما؛ لأنه وضعه غير متعد، [وإلا دفع الأرض براحا][(٣)]؛ لأنه ليس بغاصب.

قال ابن القاسم: متى استحق كثير، رجع بنصف قيمة ذلك [فيما بيد صاحبه شريكًا فيه، فإن لم يفت أو يسير، رجع بنصف قيمة ذلك][(٤)] ثمنا؛ نفيا لضرر الشركة.

وإن اقتسما دورا بالسهم أو بالتراضى، فاستحقت واحدة، أو وجد بها عيب وهى جل النصيب أو أكثره ثمنا - انتقض القسم؛ كالبيع.

وإن كانت العشر، رجع بنصف عشر قيمة ما بيد الآخر ثمنا، ولا يرجع فيه على الاستحقاق ويردها فى العيب، ويرد الآخر عشر قيمة ما بيده، يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما.

فرع: فى الكتاب: اقتسما جاريتين فاستحقت إحداهما بعد الاستيلاد، فلربها أخذها لأنها عين ماله، وقيمة ولدها؛ لأنه نشأ عن ماله، وتخلق على الحرية، فامتنع أخذ عينه، وقيمته تقوم مقامه، ويرجع الشريك[(٥)] على صاحبه بنصف الجارية الأخرى، فإن فاتت بتغيير سوق فما فوقه، فنصف قيمتها يوم قبضها، وبه أخذ ابن القاسم فى البيع، ثم رجع مالك فى البيع إلى هذا، ومنع أخذها؛ لتضرر المشترى بالعار بأخذ فراشه، ولكن قيمتها وقيمة ولدها.

قال ابن القاسم: لو رضى المستحق بقيمتها، ليس للولد الامتناع على قول مالك؛ صونا للحرية فيها، وللمالية عن الذهاب، ويعطى قيمة ولدها وقيمتها يوم

---

(١) فى ط: الفسخ.
(٢) فى أ: الثانى.
(٣) بدل ما بين المعقوفين فى ط: إلا رجع الآخر بقيمة الأرض.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى أ: الشرك.

الاستحقاق؛ لأنها لو ماتت قبله، لم يلزم المبتاع قيمتها؛ لأنه لو لزمته لكانت ملكه فلا يلزمه قيمة ولدها.

قال اللخمى: يعود المقال بينهما فى الجارية الثانية، فإن كان القسم بالتراضى أو بالقرعة - على القول أنها بيع - فعلى من هى فى يده نصف قيمتها يوم قاسم.

واختلف على أنها تمييز حق:

قال ابن القاسم: يوم قاسم.

وقال سحنون: يوم حملت إن كان موسرا، فإن كان معسرا:

فعلى قول ابن عبدوس «فى العبد يعتق»: يكون على الشريك قيمته يوم التقويم - يكون للشريك أخذ نصف الأمة ويتبع بقيمة نصف الولد؛ لأنه أنزله فى العتق منزلة نصف قيمة المستحق، ويكون له نصفه فى العتق، على أصله فى العتق إذا كان معسرا وكذلك الأمة.

قال صاحب التنبيهات: اختلف فى قوله: ألا يكون عليه ضرر، فقيل: على المستحق منه، وقد وقع مصرحا به فى «الأسدية»، فقال: إلا أن [يكون][1] فى إسلامها ضرر، وقاله أشهب.

وقيل: على المستحق؛ لأنه قد يكون يحبها[2]، أو يكون المستحق منه معدما.

فرع: قال ابن يونس: جعل ابن القاسم إذا اقتسما كل واحد منهما عبدا، فاستحق نصف عبد أحدهما، رجع على صاحبه بربع عينه إن استحق نصفه، إن كان قائما، وإلا فبربع قيمته، بخلاف المبتاع يرد باستحقاق اليسير، لضرر الشركة فى منع السفر والوطء.

والفرق: أن فى قسم العبدين لم يبع أحدهما عبدا كاملا، بل ضرر الشركة كان قبل القسم.

قال ابن عبدوس: جعل كل واحد يضمن ما بيده أن لو مات عبد أحدهما واستحق الآخر لتغريمه القيمة يوم القبض؛ كمن باع عبدا بعبد.

قال سحنون: وهذا خلاف أصل مالك، والقسم خلاف البيع؛ لأنه لو طرأ دين،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: حبها.

لم يضمن من مات عبده فى يديه.

قال ابن عبدوس: إذا جعل له الرجوع على من مات [عبده فى يديه][(١)] ثم طرأ دين، فإن أمرت أخذ نصف القيمة أن يعطيه فى الدين، فقد ضمنت من مات عبده فى يديه لرب الدين، وأصلك: عدم ضمان الميت بيده لأهل الدين، وإلا ورثت مع قيام الدين.

ولو كان القسم بيعا، لكان المستحق العبد إجازة البيع فى نصفه، وأخذ نصف الآخر؛ لأنه ثمن نصف عبده.

قال سحنون: إن باع أحدهما عبده واستحق عبد الآخر، فالثمن بينهما.

ولو أحبل الأمة ضمن قيمتها يوم حملت؛ لأنه يوم تعين الفوات.

وعند أشهب: يوم قاسم؛ لأنه يوم وضع اليد.

وإن بنى، ضمن نصف قيمة ما قبض عند ابن القاسم.

وقال سحنون: مقتضى قول ابن القاسم يشاركه فى ناحية ما بنى ثم يتعاملان فى البناء.

فلو قسما خشبا فعمل نصيبه أبوابا:

قال سحنون: ليس بفوت؛ لأن مالكا قال: النسج فى الغزل والطحن فى الدقيق ليس فوتا.

وقال فيما إذا اغتل العبد ثم استحق الآخر رجع فى العبد الآخر وفى غلته.

قال ابن عبدوس: إن كان بأيديهما بغصب، فغلته للمستحق، أو بشراء خير المستحق من بيده فى التمسك فيما بيده من الغلة، وعدم الرجوع على شريكه، ولا يرجع الآخر عليه بشىء، وبين رد الغلة فكانت مع العبد الباقى فغلته بينهما نصفين.

وعن مالك: ثلاثة إخوة اقتسموا ثلاثة أعبد، فمات أحدهم، واستحق الآخر - فالهالك عبده لا يرجع، ولا يرجع عليه، و [يرجع][(٢)] المستحق عبده، على الثالث بثلث عبده وللباقى عبده الثلثان.

قال أشهب: فلو كان القسم بيعاً، لرجع من استحق من يده على الهالك عبده بثلث قيمته.

---

(١) فى ط: عنده.

(٢) سقط فى ط.

قال أشهب: فإن رجع العبد المستحق على بائعه بثمن، فثلثا ذلك الثمن وثلث العبد الباقي للمستحق منه، وثلث الثمن [وثلثا العبد][١] الباقى للذى العبد فى يديه.

قال ابن عبدوس: هذا إذا كان الثمن مثل قيمته يوم القسم، فإن كان أكثر، فالزائد يرجع فيه الهالك عبده بثلثه، ولا حجة له فى مقدار الثمن؛ لأن مصيبته منه.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذ الموصى له ثلث الدار، فبناه، ثم استحق - فللمستحق إعطاؤه بنيانه، وإلا أعطاه هذا قيمة أرضه، فإن أعطاه قيمة البناء، وهو أقل مما أنفق لحوالة سوق - لم يرجع بنقض ذلك على الورثة ولا غيرهم، وينتقض القسم فيقاسم بقية[٢] الدار إلا أن يفوت ببناء أو بيع، فيرجع عليهم بقيمة الدار التى قبضوها، يقتسمون تلك القيمة، فإن فاتت بهدم، فليس له إلا ثلث ذلك مهدوما مع ثلث النقض، وإن بيع من النقض شىء فله ثلث ثمنه دون القيمة؛ لأن المستحق فى البيع لا يتبع المبتاع إذا هدم، إلا أن يبيع النقض، فعليه الثمن، وكذلك الأمة إذا عميت.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: انظر قوله إلا أن يفوت مابيد الورثة ببيع، يرجع بقيمة الدار، ثم قال: إن بيع النقض فإنما يرد الثمن، وقال - قبل هذا -: إذا أصاب بنصيبه عيبا وهو جل ما بيده، يرده وفات ما بيد أصحابه ببيع، ردوا إلى القيمة، فما الفرق؟

وقال سحنون: الأصل: الرد إلى الثمن فى هذا كله.

قال صاحب المقدمات: إذا اقتسموا بالقرعة ثم طرأ استحقاق على أحد، أو وجد معيبا:

فقال عبد الملك: ينتقض القسم قل الاستحقاق أم كثر، فاتت الأنصباء أو هى قائمة، ومصيبة التالف من جميعهم؛ كلحوق الدين.

وقال ابن القاسم فى المدونة: لا ينتقض إلا أن يستحق الجل من النصيب، أو ما فيه ضرر، ويرجع المستحق منه على إشراكه على حكم البيع فى القيام والفوات، كان الفوات باستهلاك أو استحقاق، أو إخراب أو أمر سماوى، والقول لأشهب،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: بقيمة.

لا يضمن فى الاستحقاق فى الأمر السماوى.

وفى الجواهر: إذا استحق بعض المال شائعا، لم ينتقض القسم، واتبع كل وارث بقدر ما حاز إليه من حقه، إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يتبع المليء بما على المعدم.

وإن استحق بعض معين:

فقال ابن القاسم: إن كان كثيرًا، رجع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه يكون به شريكا فيما بيده إذا لم يفت، وإن كان المستحق يسيرًا رجع بنصف قيمة ذلك دنانير أو دراهم، ولا يشارك صاحبه، وهذا قول مالك.

وعن ابن القاسم: إذا اقتسموا الدور فاستحق من نصيب أحدهم شيء، فإن كان الذى استحق أو وجد به عيب هو جل ما فى يديه أو أكثر ثمنا - انتقض القسم، وإلا ردها وحدها، ورجع على شريكه فى الاستحقاق بنصف قيمة ذلك مما فى يد صاحبه، ثم قال ابن القاسم فى الدار الواحدة مخالفة فى القسم للدور الكثيرة؛ لدخول الضرر فيها فى السكن والبناء.

وقال أشهب: إذا استحق بعض نصيب أحدهما، أكثره أو أقله، فيه مضرة أم لا - رجع على صاحبه بنصف ما استحق فيما فى يد صاحبه، فكان شريكا به، ولا ينتقض القسم إذا فات الباقى فى يد المستحق منه بالبناء لا يقدر على رده.

الطارئ الثانى: العيب:

وفى الكتاب: إذا وجد بنصيبه عيبا وهو وجهه أو أكثره - رد الجميع؛ كالبيع وابتدئ القسم، وقاله (ش).

وابن حنبل قال: يخير بين الأرش، والنقض؛ كالبيع عنده، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو بناء[1]، ويرد قيمته يوم القبض، فتقسم القيمة مع المردود.

ولا تفيت حوالة الأسواق الدار؛ كالبيع، وإن كان المبيع الأقل، لم ينتقض، فإن كان سبع ما بيده، رجع بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا، ثم يقتسمان هذا المعيب، وكذلك لو اقتسما على التراضى جنسا أو أجناسا.

الطارئ الثالث: الدين:

فى الكتاب: إذا قسم بين الورثة الحاكم، لا يأخذ كفيلا بما يلحق من دين؛ لأن

(١) زاد فى ط: أو حبس أو صدقة أو هدم أولا.

الأصل عدمه، فلا يلزمهم ما لا دليل عليه.

فإن طرأ دين، انتقضت القسمة بغير قاض؛ لوقوعها غير محررة؛ لأن الميراث بعد الدين.

وقال ابن حنبل: لا ينتقض بطروء الدين؛ لأن تعلق الدين لا يمنع تصرف الورثة؛ كتعلق درك الجناية برقبة الجانى.

فإن كان صاحب الدين غائبا، فاقتسموا، وجهلوا الدين أو تقديمه على القسم - رد القسم حتى يوفى الدين إن كان المقسوم قائما.

فإن أتلف بعضهم حظه - قال ابن يونس: يريد أو عدم - فلرب الدين أخذه من الذى بقى حظه ويتبع الوارث بقية الورثة ببقية إرثه، ويضمن كل وارث ما أكل أو استهلك، وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب، وما مات بأيديهم أو هلك بأمر من الله - تعالى - فلا ضمان؛ لأن أيديهم مؤمنة شرعا.

وإذا جنى على الرقيق بعد القسمة[1] قبل لحوق الدين، ثم لحق - اتبعوا كلهم الجانى؛ لانتقاض القسم بلحوق الدين.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإهلاك: كإحراق الثوب، أو التسبب للهلاك: كحفر البئر.

أو وضع يد غير مؤمنة؛ كيد الغاصب أو قابض المبيع الفاسد.

وقولنا: «غير مؤمنة»، خير من قولنا «اليد المتعدية» ؛ حذرا من البيع الفاسد وغيره.

قال ابن يونس: قال أشهب: ما يغاب عليه يضمن للتهمة.

وقال سحنون: لحوق الدين لا ينقض القسم؛ لأنه تمييز[2] حق، لا بيع، والدين شائع فيما بأيديهم، وهو على [جميعهم على][3] قدر مواريثهم؛ لأن أحدهم قد يكون غبن فى القسم أو تغير سوق ما بيده، فيؤدى أكثر مما بيده بل يقوم ما بيد كل واحد يوم البيع للدين، ويقسم عليه الدين، ولكل واحد افتكاك ما يباع عليه بدفع ما ينوبه؛ لأن المقصود دفع الدين، ولهم أغراض فى أملاك موروثهم فيقدمون على

---

(١) فى ط: القسم.
(٢) فى أ: تميز.
(٣) سقط فى ط.

البيع، وقاله (ش).

وإذا كان فى البيع من نصيب كل واحد ضرر على صاحب الدين؛ لطوله، وما بيد أحدهم أحط[١] ثمنا بيع ما هو أنجز، ورجع على إخوته بنائبهم من الدين يوم قضائه.

قال أشهب: إنما يتبع الورثة الجانى إن أخذ الدين من جميعهم، فإن أخذ من أحدهم، رجع وحده على الذى صار له ذلك العبد بما يصيبه من العبد، وله من الجناية بقدر مصابه من العبد؛ مثل: أن يترك ثلاثة بنين، وثلاثة أعبد قيمة كل عبد مائة، فقتل عبد أحدهم، فباع الغريم أحد الباقين - رجع من بيع عبده على أخيه القائم [عبده بثلث العبد القائم][٢] وعلى الجانى بثلث قيمة العبد المجنى عليه، ورجع عليه صاحب العبد المجنى عليه بثلثى قيمته، ولو أخذ الغريم من كل واحد من الأخوين نصف الدين، لرجعوا كلهم على الجانى أثلاثا.

فهذا القول جعل الدين كالاستحقاق.

ومذهب سحنون: أن رب الدين يأخذ ما بيد الورثة، ولا يرجعوا على المجنى على عبده بشىء، بل على الجانى ما يلحق قيمة العبد المجنى إذا فض على جميع ما بأيديهم، ويرجع المجنى على عبده على الجانى بما بقى، مثل: أن يكون قيمة المقتول يوم القتل خمسين، وقيمة كل عبد بيد إخوته مائة، والدين مائتان فيبيع[٣] العبدين اللذين بيد الأخوين، فإن الأخوين يأخذان من الجانى أربعين وأخوهما[٤] عشرة، ولو كان كالاستحقاق رجع الجميع أثلاثا.

قال اللخمى: وإن طرأ وارث على ورثة، أخذ من كل واحد قدر ما يصير عليه من ميراثه، وليس له على هذا الذى بقى فى يديه مال الميت إلا ما يصيبه لو لم يتلف ما أخذه أصحابه، قاله ابن القاسم، وجعل الجواب فى طروء غريم على الغرماء كذلك ليس على الموسر إلا ما ينوبه، لو كان بقية الغرماء مياسير.

والطارئ ثلاثة: غريم، ووارث، وموصى له.

---

(١) فى أ: أحضر.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فيتبع.
(٤) فى أ: وأحدهما.

فالغريم يصح رجوعه على كل من وضع يده على تركة الميت من غريم ووارث وموصى له.

والوارث على الورثة وعلى الموصى لهم.

وكذلك الموصى له.

وأما الغريم فإن طرأ على الغرماء بانفرادهم لتقدمهم ولم يفضل عنه شيء، أو على الورثة؛ لأنه لم يتقدمه غريم، أو تقدم وفضل عنه ما يوفيه بيد الوارث، أو على الورثة والغرماء؛ لأن الباقي لا يوفى دينه، فالأول يرجع على أولئك الغرماء دون الورثة إن لم يعلموا بدين الطارئ، ولا كان موصوفا، فإن أعسر بعضهم أو غاب، لم يرجع على الموسر الحاضر إلا بما ينوبه، إن كان الغرماء حضورا مياسير، والغريم الطارئ على ورثة، فإن اغترق الدين التركة وهى عين قائم بيد الوارث، أخذه، فإن أكل ضمن، أو ادعوا الضياع لم يصدقوا؛ لأن العين يغاب عليه فإن قامت بينة برأهم ابن القاسم؛ لانتفاء التهمة، وضمنهم أشهب؛ على أصله فى العوارى: أن اليد يد ضمان.

قال: والأول أحسن؛ لأن هذا استحقاق، والاستحقاق لا يضمن مع البينة، إلا أن يحبسوا ذلك لأنفسهم مع علمهم بالدين، أو الميت موصوف بالدين، فإن أوقفوا ذلك للغرماء عند أمين أو أحد الورثة وهو مأمون، برئوا وإن لم تشهد بينة بالضياع[1]، فإن كان الدين يغترق بعض التركة، وكلهم حاضر موسر غير لاد - أخذ من يد كل واحد ما ينوبه لا الجميع من واحد، فإن كان معسرا أو غائبا أو ملدا - أخذ الجميع من الحاضر الموسر غير الملد، واتبع المأخوذ منه أصحابه، فإن كانت التركة ديارا واقتسموا عالمين بالدين.

قال مالك: فسدت القسمة، ونقضت، رضى الورثة بقضاء الدين أم لا؛ لقوله - تعالى -: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]

وقيل: القسم جائز يتعلق بحق آدمى.

فإذا رضوا بقضاء الدين، لم ينقض، وإن رضى أحدهم ببقاء القسم وقضاء ما ينوبه وامتنع غيره، نقض القسم، واستؤنف فى الباقى، فإن كان لا يبقى بعد قضاء

---

(١) فى ط: بالأصل.

الدين شيء، قدم من طلب قضاء ما ينوبه إذ لا قسم صحيح بعد قضاء الدين يرجع به.

وقال أشهب، وسحنون: القسم جائز إذا كان المقسوم موجودا، ويفض الدين على ما فى أيديهم بالحصص.

وإن كان الدين يغترق نصف التركة، وفى يد أحدهم ثلث التركة، وفى يد الآخر الثلثان - بيع نصف ما فى يد كل واحد، إلا أن يكون على الغريم فى ذلك ضرر؛ لقلة الرغبة فى شراء البعض، أو يكون نائب أحدهم أحط[1] ثمنا، فينتقض القسم.

قال اللخمى: وعلى قوله: لو بنى أحدهم فى نصيبه، وقيمته مائة، فصارت مائتين، لبيع منه للغريم ربعه؛ لأنه نصفه قبل [البناء][2]، إلا أن يشاء الرجوع بنصف قيمته يوم المقاسمة، وقيل يوم بنى؛ لأن البناء فوت، فإن انهدم ما فى يد أحدهم ولم يبن الآخر، نقض القسم، وليس الانهدام فوتا.

وإن قال أحدهم: لا أرد القسم وأقضى جميع الدين، قدم ولا ينقض؛ كالأجنبى.

فإن اغترق الدين جميع التركة وقد هلك ما فى يد أحدهما، لم يضمن، قسما بالقرعة أم لا؛ لأن مقال الغريم من باب نقض القسم، وهو كالاستحقاق فلا يضمن، ولا يضمن الأخ لأخيه شيئا؛ لأنه لا يستحق ميراثا إلا بعد الدين، فلو رجع الأخ على أخيه بقيمة نصف ما قبضه، إن اقتسما بالتراضى، رجع الغريم أخذه منه؛ لتقديم الدين على الميراث، وكذلك إذا اغترق الدين جميع الباقى، وبعض الهالك، [لم يضمن][3] من هلك بيده شيئا.

فإن اغترق بعض الحاضر والقسم بالقرعة:

فقال: لا يرجع من استحق ذلك بيده، ولا يرجع عليه، وأرى: أن القسم تمييز حق، وهو بمنزلة ما لو قضى ذلك الدين أجنبى.

وقيل: يرجع عليه [ولا يرجع][4].

(١) فى ط: أحضرها.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

وقيل: هو بيع، فيرجع ولا يرجع عليه.

فإن كانت التركة عينا وديارا، أو كان فى العين وفاء بدين الطارئ - قضى الدين من العين، ومضى القسم فى الدار، ولا قول لمن أراد نقضه، وإن كانت عينا وعروضا وديارا، وقسمت - قضى الدين من العين والعروض؛ لأنها أقرب بيعا، ومن حق الغريم تبدئته بالأسرع، ومضى القسم فى الديار؛ لعدم الحاجة للنقض، وإن اقتسموا ديارا أو عبيدا فانهدم ما أخذ أحدهم أو حدث بالعبد عيب، بيع جميع السالم؛ لأنه أقرب بيعا، ورجع على أخيه فقاسمه تلك الدار، أو العبد، على ما هو عليه من انهدام أو عيب، قولا واحدا.

وإن بيع نصف السالم، فكان رد النصف الباقى وانتقال النصف أفضل له، وأراد رد ذلك لغرض له فى الرد، أو اختار التمسك؛ لأن ذلك أفضل - فله ذلك على أحد القولين.

وقيل: لأخيه الرجوع عليه.

قال صاحب المقدمات: طروء الغريم على الغرماء، والوارث على الورثة، والموصى له على الموصى لهم - حكمهم سواء، يتبع الطارئ كل واحد منهم بماله، ولا يأخذ المليء بالمعدم، وإن كان المقسوم لم يفت منه شيء، لم ينتقض القسم فى المكيل والموزون؛ لعدم الحاجة للنقض، وينقض فى الحيوان والعروض؛ لما يدخل عليه من الضرر فى تبعيض حقه، وفى ضمان كل واحد للطارئ ما ينوبه مما قبض - إن قامت البينة على التلف من غير سببه - قولان.

وعلى الضمان: فالقيمة(١) يوم القبض بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق ونحوه.

وعلى عدم الضمان: لا يضمن بهذه الأسباب، ويلزمه الثمن فى البيع، ويصدق فى تلف ما لا يغاب عليه، دون ما يغاب [مع يمينه](٢).

وعلى مذهب أصبغ: يضمن فى العين وحده، فتكون ثلاثة أقوال.

وطروء الغريم على الورثة، أو على الموصى لهم بالثلث، وعلى الورثة وطروء

---

(١) فى أ: بالقيمة.
(٢) سقط فى أ.

الموصى له بعدد[١] على الورثة، فهم سواء، فينتقض القسم عند مالك؛ لحق الله - تعالى -، ولا ينتقض عند أشهب.

واختلف قول ابن القاسم.

فعنه: ينتقض بين جميعهم، ويخرج الدين ثم يقسم الباقى، ويكون النقض بالموت أو الجناية أو حوالة سوق أو غيره من الجميع، أو يخرجوا الدين من عندهم فيتم القسم، أو يتطوع أحدهم بجملة الدين، وليس لأحدهم إخراج نائبه من الدين، ويتمسك بنصيبه من القسم إلا برضاهم؛ لتحقق الغبن فى القسم، إلا أن يثبت الدين بشهادة أحدهم مع يمين الطالب، فلبقية الورثة إخراج الدين من عندهم، ويقرون أنفسهم[٢]؛ لتهمتهم إياه فى نقض القسم ليزداد حظه، أو لغبن حصل له، أو نقصه بأمر سماوى.

قال مطرف: وفيه نظر؛ لأن التهم تبطل شهادته، وقاله أشهب.

وعنه: إنما ينتقض بين[٣] من بقى حظه أو بعضه بيده، أو استهلكه أو شيئا منه، وأما من تلف جميع حظه بأمر سماوى، فلا يرجع عليه بشىء من الدين، ولا يرجع هو مع سائر الورثة فيما بقى من التركة.

ووافق ابن حبيب قول ابن القاسم الأول، إلا أن يريد أحدهم فك نصيبه بنائبه من الدين، إلا أن يتلف شىء مما بيد بقية الورثة، فليس ذلك له إلا أن يشركهم فى ضمان التالف؛ نفيا للغبن فى القسمة.

واتفق أشهب، وسحنون، واختلفا فى قضاء[٤] الدين:

فقال سحنون: على قيمة ما بيد كل واحد منهم يوم الحكم.

وقال أشهب فى أحد قوليه: على الأجزاء التى اقتسموا، زادت أو نقصت، ما لم يتلف، وعلى قولهما يثبت الدين بشهادة أحدهم، مع يمين الطالب أم لا؛ لعدم انتفاع الشاهد بشهادته.

ولا خلاف أن الورثة لا يضمنون بالقسم التالف بأمر سماوى، إذا لحق الدين

(١) فى ط: بعد.
(٢) فى ط: القسم.
(٣) فى ط: بيد.
(٤) فى أ: مضى.

فيلزمهم أن يردوا ويضمنوا أكلهم وما استهلكوه وأنفقوه.

واختلف فى ضمانهم بالإحداث كالبيع والهبة والصدقة والعتق:

فضمنهم ابن حبيب، فيردوا ولا يرجعوا على الموهوب له.

ولم يضمنهم أشهب، ويرجع صاحب الدين على الموهوب له، ولا له على المشترى شيء إلا أن يحابى فحكم المحاباة حكم الهبة.

ويصدقوا فى تلف الحيوان الذى لا يغاب عليه؛ لعدم التهمة، مع أيمانهم، بخلاف العروض التى يغاب عليها.

واختلف فى العين والمكيل والموزون فى الطعام، إذا شهد بتلفه، على ثلاثة أقوال: البراءة وعدمها، وهو ظاهر قول ابن القاسم، والفرق بين العين والمكيل والموزون.

تنبيه: قال: والاختلاف فى انتقاض القسم مبنى على الخلاف فى الدين الطارئ، هل يتعين فى عين التركة؟ أو هو متعلق بذمة الميت؟ نظرا إلى خراب الذمة بالموت، وصون الدين عن الضياع أو نظرا للاستصحاب.

وينبنى عليه اختلاف قول مالك فيمن يبدأ باليمين فى دين المتوفى، هل الورثة أو الغرماء؟

قلت: واختلف العلماء إذا ترك مالا ودينا، فقيل: على ملكه حتى يوفى الدين. وقيل: على ملك الورثة؛ لأن سبب الملك الحاجة العامة؛ إذ لو بقيت الأشياء شائعة لتقاتل الناس عليها، فجعل الشرع ترتب الأملاك على الأسباب الخاصة؛ دافعا لهذه الفتن، فالجنين لما كان ميتا شرعا - وهو بصدد الحاجة فى حياته - ملك الصدقة والأموال إجماعا، والميت لم تبق له حاجة عامة، فلا ملك.

حجة الأول: قوله - تعالى -: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]. فجعل الله ملك الورثة بعد الدين.

ويرد عليه: أن المغيا هو المقادير لا المقدر، ومعناه: أنه لما بين أن للزوجة الثمن مثلا، قال: لا تعتقدوا أنه من أصل المال، بل من الذى يفضل بعد الدين.

وهذه قاعدة وهى: أن اللفظ إذا سيق لأجل معنى، حمل على الذى سيق له لا على غيره؛ كما قال مالك و(ش) لـ(ح) - رضى الله عنهم - فى قوله - عليه السلام -:

«فِيمَا سَقَت السَّمَاءُ العُشْرُ»[١].

قال (ح): فى الخضروات الزكاة.

قالا له: هذا خرج مخرج بيان الجزء الواجب لا الواجب فيه.

فرع: قال صاحب المقدمات: طروء الغريم على الغرماء والورثة، ينظر: إن كان فيما أخذه الورثة كفاف الغريم الطارئ، رجع عليهم على ما تقدم من رجوع الغريم على الغرماء.

فرع: قال: طروء الغريم على الموصى له بأقل من الثلث، وعلى الورثة؛ إن كان ما قبض الموصى له يخرج من ثلث ما بقى بعد دين الغريم الطارئ، فلا رجوع للغريم عليه؛ لتعين حقه فى جهة غيره، إلا فى عدم الورثة.

وإن كان لا يخرج من ثلث ذاك فيرجع بالزيادة على الثلث على من وجد منهم مليًا، فإن حقه تعجل دينه، فلا يتبع المعدم، وأما قدر[٢] الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا فى عدم الورثة على ما تقدم.

قال: ومسائل الطوارئ إحدى عشرة مسألة:

الغريم على الغرماء، والوارث على الورثة، والموصى له على الموصى لهم والغريم على الورثة، والغريم على الموصى له بالثلث، وعلى الورثة، والموصى له بعدد على الورثة، والغريم على الغرماء، والموصى له بعدد على الموصى لهم، وعلى الورثة، والموصى له بجزء على الموصى لهم بجزء، وعلى الورثة، والغريم على الموصى له بأقل من الثلث، وعلى الورثة، والموصى له بجزء على الورثة.

وقد تقدم أكثرها ويأتى بقيتها، إن شاء الله تعالى.

نظائر: قال العبدى: يلزم الضمان - إلا أن تقوم بينة - فى ست مسائل:

المقسوم من التركة بين الورثة، ثم ينقض القسم بالدين أو بالغلط وقد تلف وهو مما يغاب، والصناع، وعارية ما يغاب عليه، والمبيع بالخيار مما يغاب عليه، ونفقة الولد عند الحاضنة، والصداق مما يغاب عليه وادعت المرأة تلفه ووقعت فيه الشركة بالطلاق.

---

(١) تقدم فى الزكاة.

(٢) فى ط: قلد.

فرع: فى النوادر: عن مالك: التركة ألف، والدين مائتان، باع وارث بعض التركة - رد بيعه؛ لتعلق الدين بالجميع تعلق الرهان.

وقال سحنون: ينفذ إن وفى الباقى الدين.

وقد قال مالك: إن حلف بحرية رقيقه: ليقضين دينه إلى شهر، فهو ممنوع من بيعهم؛ لتعلق حق الحرية لهم، فإن باعهم وقضى الدين قبل الأجل، نفذ البيع؛ لأن ما من أجله يرد البيع قد زال بالقضاء.

فرع: فى الكتاب: إذا أقر أحدهم بعد القسم بدين، إن كان عدلا، حلف الطالب واستحق، فإن اتهمه الورثة فى نقض القسم، دفعوا الدين وتم القسم، وإلا نقض، وأعطى الدين، وقسم الباقى.

فإن أخرجوا نائبهم وأبى المقر إلا النقض، لزمه خراج نائبه أو بيع نصيبه[1]؛ لأن غرضهم صحيح فى استيفاء عين مال المورث.

وإن أقر قبل القسم، حلف الطالب وامتنع القسم إلا بعد الدين.

وعن مالك: فى الورثة يبيع بعضهم من بعض ما وجد[2] بيد الورثة، ولا يأخذ ما اشترى بعضهم من بعض؛ لضمانهم ثمن ذلك حتى يستوفى الدين، فإن لم يكن عندهم شىء اتبعوا به دينا.

الطارئ الرابع: الوارث بعد القسم.

وفى الجواهر: إن كان الورثة أملياء، والتركة عينًا - أخذ من كل واحد ما ينوبه، فإن وجد أحدهم معسرا:

قال ابن القاسم: ليس له أخذ الموسر بالمعسر قياسا على وضع يد الأجنبى.

وقال أشهب: يقاسم الموسر فى جميع ما صار له، إن لم يترك الميت غيرهما، ويتبعان المعسر، ورأى أن القسم فاسد، وإن لم يعلموا بالطارئ.

وظاهر مذهب عبد الملك: أنه جائز إلا أن يعلما بالطارئ، فيفسد؛ لدخولهم على عدم تحرير القسم.

وأصل ابن القاسم: ليس لأحد الشريكين قسم العين دون شريكه، وأمضى القسم ههنا؛ لما كان غير عالم، ولو كان عالما لم يجز: وأصل أشهب: الجواز.

---

(١) فى أ: بعينه.
(٢) فى أ: فللابن ما.

فإن كانت التركة عقارا - دارا واحدة - اقتسماها نصفين - خير بين إجازة القسم ومشاركتهما، وبين رده، فيجمع له سهمه.

وإن كانت دارين فأخذ كل واحد دارا، فليس له رد القسم، بل يشارك كل واحد فى داره [فإن اغترق بعض الحاضر والقسم بالقرعة، فقال: لا يرجع من استحق ذلك بيده ولا يرجع عليه، وأرى أن القسم تمييز حق][1] لأنه لو حضر القسمة لم يكن له إلا المشاركة، وإن كانت أكثر من دارين استؤنف القسم؛ ليجمع له سهمه فيسلم من ضرر الشركة.

الطارئ الخامس: طروء الموصى له.

فى الجواهر: جعله ابن حبيب كالغريم؛ لتقدم الوصية على الميراث.

وقال ابن القاسم: إن أوصى بالثلث فكالوارث؛ لأنه ذو سهم مثله، أو بدنانير أو طعام فكالغريم.

قال صاحب المقدمات: الموصى له بعدد، إن كان ما أخذه الورثة زيادة على الثلثين وهو كفاف الوصية الطارئة، فلا رجوع له على الموصى لهم، وإن لم تكف وصيته رجع بتمامها على الموصى لهم، كما تقدم فى رجوع الوارث على الورثة وطروء الموصى له بجزء، وعلى الورثة، قال: فإن أخذ الورثة زيادة على الثلثين تكف الطارئ، لم يرجع إلا على الورثة؛ لأن حقه فى أيديهم، وفيه خلاف ابن حبيب وابن القاسم، وإن لم يكن فيها كفاف الطارئ، رجع بالباقى على الموصى لهم؛ لأن بقية حقه فى أيديهم.

وقال الشافعية: الوصية بغير[2] المعين كالدين، توجب النقض، إلا أن يوفوه، وبالمعين كالاستحقاق، والاستحقاق من نصيب أحدهما يبطل القسم، فى النصيبين أو فى أحدهما أكثر فيخرج الصفقة عندهم.

القسم الثالث: فى أحكام متفرقة

قال صاحب الاستذكار: عن مالك: إن الكتابيين إذا أسلموا، اقتسموا على مواريثهم فى الكفر وإن كانت ظلما، وغير الكتابيين ينتقل حكمهم بالإسلام.

وعنه: انتقال الجميع، وقاله (ش، وح) والجمهور؛ لقوله -عليه السلام - فى

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى أ: بعين.

الموطأ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلَامِ»[١].

فهل يخص بقرينة قوله - عليه السلام - (الْجَاهِلِيَّةِ) أو يعم الكفار؛ لعموم اللفظ؟

فرع: فى الكتاب: يقسم على الغائب مع الحاضر؛ لأن القسم على مقر، بخلاف القضاء على الغائب؛ لأنه منكر، ويقسم القاضى دون صاحب الشرطة؛ لأنه الناظر فى أموال الغائبين.

قال اللخمى: قال أشهب: إن أصاب وجه الحكم، جاز؛ لأنه حاكم كالقاضى، ويقيم الحدود. وقال مالك فى بعض ولاة المدينة ضرب لامرأة المفقود ثلاث سنين ثم أمرها بالنكاح، ثم جاءت إلى والى المدينة، قال: فضرب لها سنة - تمام الأربع - ونفذ حكم الأول، قال: والأول أظهر؛ لأنه ليس بوال[٢] لذلك، فهو كالأجنبى.

فرع: فى الكتاب: الحالف ليقاسمن، أحب إلى: الرفع للقاضى يقسم بينهم خوفا من الدلسة.

فى النكت: قيل: الدلسة: إظهار القسم للخروج من اليمين، فإذا قسم [الحاكم][٣] انتفت، وقيل: خوفًا من غبن الحالف، فيؤدى إلى النقض فلا تبر اليمين إن كان لأجل أو نحوه.

فرع: فى الكتاب: إذا قلعت الريح نخلة لك فى أرض رجل، أو قلعتها أنت، فلك غرس نخلة أو نحوها من سائر الشجر لا تكون أكثر إستيلاءً أو ضررًا على الأرض؛ لأن لك منفعة ذلك الموضع، فلك أخذه على الوجه الذى استحققته، ولا تغرس نخلتين؛ لأنه غير المستحق، وليس له منعك أو وكيلك من الدخول للجذاذ أو غيره؛ لدخوله على ذلك، وإن كانت أرضه مزروعة فلك السلوك مع من يجذها من غير ضرر، ولا تجمع نفرا يطئون زرعه، ولو كان لك فى وسط أرضه المزروعة أرض فيها رعى، لم تسلك بما يشتد؛ لعظم الضرر، ولك الدخول للاحتشاش، لعدم الضرر، وإذا كان لك نهر ممره فى أرض قوم، لا تمنعهم غرس حافتيه شجرا؛ لأنه لا ضرر عليك فمنعه ضرر، وإذا كنست بئرك، حملت على سنة البلد فى طرح

(١) تقدم.
(٢) فى ط: لسؤال.
(٣) سقط فى ط.

الكناسة، فإن كان الطرح بضفتيه، لم تطرح ذلك على شجرهم إن وجدت مكانا وإلا فبين الشجر فإن ضاق ففوق شجرهم؛ لتعين ضررك، وصاحب الحق مقدم على الطارئ.

قال اللخمى: يريد بـ «غرس مكان النخلة نخلة أو غيرها»: ما لا يضر بباطن الأرض بانتشار العروق أو أقوى فيهلك ما يجاوره، ولا يضر بأعلاه بكثرة الفروع فيمنع الشمس عن الأرض فتقل منفعتها.

وعن ابن القاسم: فيمن خرج فى أرضه عزق شجرة غيره فى مكان آخر، إن لم تكن له فيه منفعة ولا مضرة - بقى لصاحب الأرض، إلا أن يكون لو قلع له ثمن الخشب أو الحطب فيأخذ قيمته مقلوعا.

قال عيسى: وإن كان إقراره مضرًا بأصل شجرته التى هو منها، لم يقره إلا أن يرضى صاحب الشجرة.

قال اللخمى: فإن لم يرض وكان إن قطع فى الأرض بين الفرع والشجرة نبت، قطع وأعطى قيمته مقلوعا، وإن كان ينبت، قطع وأخذه صاحبه.

وجعل ابن القاسم حق صاحب النهر فى موضع جريان الماء خاصة، والحافتين، ملكا لصاحب الأرض يغرسها إن أحب، ولا يطرح الآخر عليها إلا العادة، ولصاحب النهر منع صاحب الأرض من غرس جانبى النهر إذا أضر بشربه للماء، لأصول الشجر بغوص(١) عروق الشجر فى النهر فتضر بجريانه.

فرع: فى الكتاب: يباع من الدار بقدر الدين قبل القسم؛ لتقدم الدين على الميراث إلا أن يعطى الورثة الدين؛ لتعلق حقهم بعين التركة، وحق الغريم إنما تعلق بالمالية؛ فهم مقدمون فى العين وهو مقدم فى المالية.

فرع: قال ابن يونس: لا يقسم القاضى حتى يثبت عنده الموت، وحصر الورثة، وملك الميت للمقسوم، كان فيهم صغيرا أم لا، ولا يقضى بالقسم بتقارّهم، وإن كانوا بالغين ولا دين على الميت، وكذلك غير الورثة من الشركاء.

ومشهور الشافعية مثلنا، ولهم: يقسم(٢) بإقرارهم، ويكتب لهم القسم بقولهم.

---

(١) فى أ: بعرض.

(٢) فى ط: القسم.

وقال (ح) بالقول الثانى فى غير العقار، وفى العقار إن نسبوه إلى غير إرث، فإن نسبوه إلى إرث فلابد من البينة؛ لاعترافهم بأنه انتقل من يد الغير، ونحن لا نعلم صحة تلك اليد، ولا صحة قولهم للميت؛ لاعترافهم حتى يثبت موته، أما إذا اقتصروا على يده فاليد ظاهرة فى الملك فتكفى.

وجوابه: أن اليد قد تكون بإجارة فيتصرف الحاكم فى أموال الناس بغير مستند شرعى، وهو فساد عظيم.

وقال ابن حنبل: لا يشترط الثبوت إلا فى قسم الجبر؛ لأنه حكم، والحكم فى الجبر يعتمد مستندا شرعا.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يرض أحدهم بما[1] خرج، لزمه؛ لأن قسم القاسم كحكم الحاكم لا ينتقض، وإن كره الخصوم، وإن قالوا: غلطت، أو لم تعدل، أتم قسمه، ونظر الإمام، فإن وجده صوابا، أمضاه بينهم، وإلا رده.

ولم ير مالك قسم القاسم كحكم الحاكم.

قال صاحب المقدمات: القسم من العقود اللازمة إذا وقع فيما يجوز قسمه على التراضى أو القرعة بوجه صحيح، ولا ينقضها أحدهم ولا يرجع عنها.

فرع: فى الكتاب: إذا ورثا نخلا وكرما لم يعرفاه أو عرفه أحدهما، لم يجز التراضى، بأخذ أحدهما والآخر الآخر، إلا أن يوصفا لهما؛ لأن هذا بيع يمنعه الغرر.

ويجوز قسم الدار وصفت لهما[2] لجوازها بيعا، فأولى القسم؛ لجوازه بالقرعة، ويمتنع شراء ما تخرجه القرعة.

قال ابن يونس: قال سحنون: لا يقسم [الغائب][3] إلا بالتراضى؛ لئلا ينضم غرر الغيبة لغرر القرعة، بخلاف البيع فيه غرر واحد، والقسم يعتمد التقويم، فكيف يقوم بالبلد البعيد وقد تكون السوق حالت و[4] انهدمت؟

فرع: فى الكتاب: يجوز اشتراط الخيار فى القسم فيما يجوز فيه فى البيع، وكثرة

---

(١) فى أ: فما.
(٢) فى ط: لهم.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: أو.

الخيار وقلته وهو لازم، ويبطل بالتصرف؛ كالبيع.

فرع: قال: دار داخلها لقوم وخارجها لقوم، وللداخلين الممر، فأراد الخارجون تحويل الباب إلى ما لا ضرر على الداخلين معه؛ لقربه فذلك لهم، وإن بعد، منعوا، ولهم منعهم من تضييق الباب؛ نفيا للضرر.

ولو قسم الداخلون، فأراد أهل كل نصيب فتح باب لنصيبه إلى الخارجين، منعهم الخارجون إلا من الباب الأول.

قال ابن يونس: منع سحنون تغيير الباب مطلقا، إلا [برضا الداخلين لحقهم؛ وفى ذلك.

قال ابن حبيب للخارجين][1] منعهم الأبواب، كان الحائط الذى تغلق فيه الأبواب لهم أو للخارجين؛ لأنه خلاف ما وقعت عليه القسمة.

فرع: فى الكتاب: إذا اقتسما كل واحد طائفة من الدار، فمن صارت له الأجنحة، فهى له، ولا تعد من الفناء، وإن كانت فى هواء الأفنية، بل تعد من البناء؛ لأنه فى معناه، وفناء الدار لهم أجمعين يرتفقون فيه.

فرع: قال: إذا اقتسموا الدار وتركوا الساحة مرتفقا، فكل واحد أولى بما بين يدى باب بيته، ولا يطرح حطبه، ولا علف دوابه بين يدى باب غيره، إن كان فى الدار سعة، وإن وقع بعض ذلك، جاز، إلا أن يضر.

فرع: قال: إذا اقتسموا الفناء[2] والساحة، رفعوا الطريق، ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه؛ لأنها من المصالح العامة، وإن اقتسموا على أن يصير كل واحد ببابه ناحية أخرى، ولا يدعوا طريقا بتراض، جاز؛ لأنه حقهم، وإن اقتسموا البناء ثم قسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق، فوقع باب الدار فى حظ أحدهم، ورضى، فإن لم يشترطوا فى القسم أن طريق كل حصة فيها - فالطريق بينهما على حالها؛ لأنه العادة، وملك باب الدار لمن وقع فى نصيبه، ولباقيهم[3] فيه الممر؛ لأنه عادتهم لم ينقضوها بشرط، فإن اقتسموا الساحة وهى واسعة، يقع لكل واحد ما يرتفق به، ولا يخرج إلا من باب الدار.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: البناء.
(٣) فى أ: ولبانيهم.

واختلفوا فى سعة الطريق جعلت سعة الحمولة:

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا لم يذكروا الطريق عند القسم، أعيد القسم على معرفة مخرج كل سهم، ما لم يشترطوا قطع الطريق؛ لأن القسم حينئذ ليس من قسم الناس، وكذلك لو اقتسموا دارا بتراض بلا سهم، أو به، فصار مجرى مائها فى نصيب أحدهم؛

قال اللخمى: إذا لم يكن لأحدهما مكان يفتح فيه، امتنعت القسمة بالقرعة وبالتراضى، إلا على بقاء الطريق؛ لأنها قسمة المسلمين.

فرع: فى الكتاب: إن تراضيا بأن لأحدهما دبر الدار، وللآخر مقدمها، على عدم الطريق للداخل على الخارج، [جاز][1] إن كان له موضع يصرف له بابه، وإلا فلا؛ للضرورة[2]؛ وكذلك أخذ العلو على أن لا طريق فى السفل.

فرع: قال: يخير الممتنع من القسم فيما ينقسم، وإن لم ينقسم خير الممتنع من البيع، وله أخذ الجميع بما يعطى فيه؛ لأن من حق الشريك أن ينتفع بملكه سالما عن ضرر الشركة أصلا أو ثمنا، وقد تقدم خلاف (ش).

فرع: فى النوادر: قال ابن القاسم: إن وجد أحدهما فى نصيبه جبا، يعاد القسم؛ لعدم تعديل الملك، فإن فات ببناء، فللآخر قيمة نصف ذلك؛ كبيوت وجدها أسفل بيوت، لم يعلم بها.

وقال سحنون: إذا وجد بئرا عادية فهى له دون شريكه، وكذلك الغمد والصخر، وكذلك المشترى.

قال سحنون: كل ما وجد قديما ليس من تركة الميت، فلواجده، والذهب والفضة والنحاس كالكنز، إن كان بأرض العرب فلواجده، أو عنوة فللفاتحين لها فإن جهلوا فللمساكين من [أهل][3] تلك البلد، أو صلحا فللذين صولحوا.

وقال ابن نافع: الكنز كله لواجده، وهذا الفرع ينبنى على أن من ملك ظاهر الأرض، هل ملك باطنها أم لا؟ وفيه قولان فى المذهب.

فرع: قال: قال مالك: لا تقسم التركة حتى يوضع الحمل؛ ليعلم على أى جزء

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: للضرر.
(٣) سقط فى ط.

تقسم؟ وكم التركة؟ ولا ينظر للاستبراء بل حتى يظهر.

ولو أبطأ الحيض، ومضى الاستبراء، لا تقسم؛ حتى تتبين، فإن الحامل قد تحيض، فيضيع نصيب الجنين من غير ضرورة.

* * *

كتاب الشفعة

قال صاحب التنبيهات: هى - بسكون الفاء - مشتقة من الشفع، ضد الوتر؛ لأنه يضم المأخوذ لملكه.

وقيل: الشفعة: الزيادة، والآخذ يزيد ماله بالمأخوذ، قال الله - تعالى -: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: ٨٥] أى: من يزدد عملا صالحا إلى عمله.

وقيل: من الشفاعة؛ لأنه يستشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه.

وقيل: بل كانوا فى الجاهلية إذا باع أحدهم حصته أو أصله، أتى المجاور شافعا إلى المشترى، ليوليه إياه: وأصلها، ما فى الصحاح: «قَضَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ - بِالشُّفْعَةِ فِى كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»(١).

وفيه ثلاثة مقاصد:

الشفعة فى المشترك، وسقوطها فى الجوار؛ لأن الحد بين الجارين حاصل، وأنها فى الرباع دون العروض والحيوان، وفى مسلم: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ: رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ»(٢) فجعلها قبل البيع.

وفيه ثلاثة أبواب:

* * *

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (١٢٢٩/٣) حديث (١٦٠٨/١٣٤).

الباب الأول

فى الأركان

وهى أربعة:

الآخذ والمأخوذ والمأخوذ منه وما به الأخذ.

الركن الأول - الآخذ: وهو كل شريك فى الملك.

وفى الكتاب: الذمىّ الآخذ - باع المسلم من مسلم أو ذمى - كالمسلم، فإن كان الشريكان ذميين، لم أتعرض لهما إلا أن يترافعا(١) إلينا؛ لأنا لا نتعرض للذمة إلا فى التظالم، وهذا سبب ملك(٢) كالبيع.

ووافقنا (ش وح) فى استواء الذمى والمسلم فى الشفعة، وخالفنا أحمد.

لنا: عموم النصوص(٣) المتقدمة.

ولأنه لو أعتق شقصا من عبد بينه وبين مسلم، قوم عليه؛ كالمسلم، فيستويان ههنا بجامع أحكام الملك.

وقياسا على الرد بالعيب فى البيع بجامع نفى الضرر.

ولأنها من حقوق المال(٤) فيستوى فيها الذمى وغيره؛ كخيار الشرط، وإمساك الرهن والمطالبة بالأجل فى السلم وغيره.

احتج بقوله - عليه السلام -: «لَا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِيٍّ»(٥)، وبقوله - تعالى -: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وشفعته سبيل - ولأنه ليس إحياء [الأرض](٦) الموات؛ لما فيه من تفويت الرقبة على المسلمين، فألا يأخذ بالشفعة أولى؛ لأن الإحياء لم يتعلق به حق معين، والشفعة ثبت الملك فيها لمعين.

---

(١) فى ط: يترافعوا.

(٢) فى أ: ملكه.

(٣) فى أ: النص.

(٤) فى ط: المالك.

(٥) لا يصح مرفوعًا، أخرجه من حديث أنس بن مالك البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٠٨)، وابن عدى فى الكامل (٧/ ٢٥٢٠)، والطبرانى فى الصغير (١/ ٢٠٦)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٥٩)، والخطيب فى التاريخ (١٣/ ٤٣٥)، وأورده ابن الجوزى فى العلل المتناهية (٢/ ١١٠) ورواه البيهقى من قول الحسن البصرى، وقال: هذا هو الصواب.

(٦) سقط فى أ.

والجواب عن الأول: منع الصحة، سلمنا[١] صحته، لكن يحمل على الجار، أو على شفاعته عليه السلام.

والجواب عن الثاني: أن معناه: بغير سبب شرعى، أما بالسبب الشرعى، فله المطالبة إجماعا؛ كقبض المبيع من المسلم، والدين، وغيرهما.

والجواب عن الثالث: الفرق بأن الإحياء تفويت الرقبة على المسلمين بغير بدل، والشفعة بدلها الثمن، مع أنه روى عن مالك: له الإحياء فى بلد المسلمين إلا جزيرة العرب.

تفريع:

قال التونسى: قال ابن القاسم: إذا باع المسلم من ذمى لا يأخذ الذمى، فإن باع نصرانى من نصرانى، فللمسلم الأخذ؛ لأنه حكم لمسلم، فإن باع بخمر أو خنزير فبقيمة الشقص عند أشهب؛ لتعذر رد الثمن، ولا قيمة للخمر، وبقيمة الخمر عند ابن عبد الحكم، وهو أشبه بمذهب ابن القاسم؛ لأنه مما يضمن بالقيمة عند استهلاكه للنصرانى.

وعند[٢] عبد الملك إذا استهلكه المسلم لنصرانى لا قيمة عليه.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا كان الثلاثة ذمة لا شفعة، وإن ترافعوا إلينا؛ لأن الشفعة ليست من باب التظالم عندهم، إلا أن يكون أحدهم مسلما.

قال صاحب النوادر: فى الموازية: قال ابن القاسم: إذا كان الشريكان نصرانيين، فباع أحدهما حصته قضينا بالشفعة إن ترافعا إلينا.

قال سحنون: إذا حبس المرتد: فإن تاب فله الشفعة، وإن قتل فهى للسلطان يأخذها إن شاء لبيت المال أو يترك، وقبل التوبة هو محجور عليه.

فرع: فى الكتاب: ثلاثة إخوة، أحدهم لأب، باع أحد الشقيقين، فهى للأخوين؛ لأن ميراثهم كلهم بالبنوة. ولو ولد أحدهم أولادا ثم مات، فشفعة الأولاد بينهم دون الأعمام؛ لأنهم أهل ميراث واحد، فإن سلموا فهى للأعمام، فإن باع أحد الأعمام، فهى لبقيتهم مع بنى أخيهم؛ لدخولهم مدخل سهم.

---

(١) فى أ: لو سلمنا.
(٢) فى أ: وعن.

وإن ترك ابنتين وعصبة، قدمت إحداهما على العصبة؛ لأنهما أهل سهم، فإن سلمت فللعصبة، ولو باع أحد العصبة، فهى لبقيتهم وللبنات، والأخوات مع البنات كالعصبة.

فإن كانت الدار بين شريكين فمات أحدهما وترك عصبة فباع أحدهم، فبقيتهم أحق من الأجنبى؛ لأنهم أهل سهم فإن سلموا فهى للشريك.

فإن ترك أختا شقيقة وأختين لأب، فأخذت النصف، والأخريان السدس، فهى لأختها الشقيقة؛ لأنهما أهل سهم واحد - وهو الثلثان - والإخوة[1] أولى بها بينهم إذا باع أحدهم، وكذلك الجدات.

قال التونسى: قال مالك وأصحابه: أهل كل سهم أولى إلا ابن دينار، ومتى سلم أهل السهم الشفعة، فأهل السهام والعصبة سواء؛ لأن سببهم عموم المورث لا خصوص سبب، فيستوون فإن سلم جملة الورثة، فالشركاء بعدهم، ولو باع أحد العصبة، لدخل أهل السهام مع بقية العصبة، ولم ير العصبة أهل سهم، وجعلهم أشهب [كأهل سهم][2] يختصون بها.

والموصى لهم بالثلث أو بجزء مسمى - عند ابن القاسم - لا يدخلون مع الورثة، ويدخل الورثة معهم.

وعند محمد وأشهب كأهل سهم.

وإذا أوصى أحد ولد الميت لرجل واحد فباع إخوة الموصى:

قال محمد: يدخل الموصى له معهم؛ لأنه كأهل سهم؛ لأنه لو كان الموصى له جماعة، شافعوا بينهم دون الورثة، فمن كان شافعا مع أصحابه لا يدخل على من لا يشافعهم، ولو كان أصحابه يشافعون الورثة دخل على الورثة.

قال: وهذا لا يصح؛ لأن أهل السهم الواحد يتشافعون بينهم، ولا يمنعهم ذلك من الدخول على بقية الورثة الذين لا يشافعونهم، ولو كان أهل السهم واحدا ليس له من يشافعه، شافعه جملة الورثة؛ لعدم من يمنعهم، وإذا باع أهل سهم معلوم فسلم بقيتهم وبقية الشركاء، ثم باع أحد الشركاء الذين ليسوا بأهل سهم واحد -

(١) فى أ: للأم.
(٢) فى ط: كأهلهم.

فللمشترى النصيب، ولشركائه وبقية الورثة التحاصص فى هذا المبيع؛ لأنه حل محل البائع منه، لما سلم له بقية شركائه وبقية الورثة.

وإن ورثه ابنه، وامرأته، فمات الابن عن أخته، وأمه، وعصبة، فباع بعض العصبة: ففى كتاب محمد: تشافع الأخت والأم العصبة لما ورثا من الميت الأول والثانى.

قال: وفيه نظر؛ لأن موت الابن يوجب وراثة ثانية، فلا يضربوا مع بقية العصبة إلا بالقدر الذى ورثوه معهم؛ لأن الضرب بالميراث الأول إضرار بالعصبة، ويلزم عليه: إذا ورثه أولاده فمات أحدهم عن إخوته وورثة - أن يدخل ورثته فيما باع أحد ورثة الابن، إذ لا فرق بين عدم ميراثهم فى الثانى، أو يكونون يتحاصون بما ورثوه من غيره، ويلزم: أن شركاء الميت يحاصون بقية ورثة الميت فى مبيع أحدهم، والمعروف خلافه.

وأما الشقيقة مع أخوات الأب:

فأشهب يرى عدم دخول الشقيقة؛ لاختصاصهن بالسدس دونها.

قال ابن يونس: ثلاثة اشتروا دارا أو ورثوها، فباع أحدهم من نفر، وسلم الشريكان، فباع أحد النفر - فبقية النفر أشفع من شريكى البائع، ولو باع أحد شريكى البائع، لدخل شريكه الذى لم يبع، وسائر النفر، فلهم النصف، ولشريكهم الذى لم يبع النصف، وخالفه ابن القاسم وقال: لا يكون النفر أشفع فيما باع بعضهم، بل هم كبائعهم يقومون مقامه، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترى.

والفرق: أن السهم الموروث لا شفعة به لشركاء الميت مع الورثة، وإذا باع أحد الورثة، فبقيتهم أشفع من شركاء الميت، وشركاء البائع لهم الشفعة والتسليم، فلهم الدخول فيما باع أحد الشريكين كما لهم الدخول فيما اشتروا.

قال ابن القاسم: ولو باع أحد شريكى البائع الأول، لدخل المشترون مع من بقى من شركاء بائعهم بقدر حصص بائعهم.

وقال أصبغ: لم يثبت أن أهل السهم المفروض هم الذين يتشافعون خاصة، وعليه جماعة الناس.

قال اللخمى: الدار فى مسألة الإخوة إذا خلف أحدهم أولادا، إن انقسمت أسباعا، فما قال ابن القاسم؛ لأن الدار تنقسم قسمين، فتقسم أولا أثلاثا، فإذا صار

لبنى البنين شرك[١] قسموه أثلاثا؛ كدار قائمة بنفسها فبعضهم أحق ممن لا يصير له فى ذلك الثلث [شرك][٢] ينتفى الضرر، وإن كانت لا تنقسم بحال، شفع كل من له فيها شرك بوراثة أو غيرها؛ لاشتراكهم فى الضرر فيها إذا ادعى أحد الشركاء البيع؛ لأنها لا تنقسم، وخروج الدار من الملك أشد من ضرر المقاسمة، وإن كانت تنقسم أثلاثا خاصة، فباع أحد الأعمام، شفع جميعهم؛ لأن بنى الإخوة شركتهم مع أعمامهم فيما ينقسم.

وإن باع أحد بنى الإخوة، فعلى قول مالك: الشفعة فيما لا ينقسم: يتشافعون دون أعمامهم.

وعلى قوله الآخر: فهى للأعمام خاصة؛ لأن بنى الأعمام يقولون: نحن نشفع فيما يقبل القسم، ولا شفعة لبعضكم على بعض؛ لأن نصيبكم لا يقبل القسم.

ولو كانت الدار فيها شرك بغير وراثة بعد وراثة، فعلى قوله فى المدونة: إن باع أحد الورثة السفلى كانت الشفعة لبقيتهم، فإن سلموا فلأهل الوراثة الأولى، فإن سلموا فللشركاء، وإن باع أحد الورثة الأولى شفعوا أجمعون بقية الشركاء وأهل الوراثتين، وعلى الرواية الأخرى: يشترك الشركاء وأهل الوراثتين باع أحد الشركاء أو[٣] أهل الوراثة الأولى أو الآخرة.

قال: وأرى أن تعتبر صفة القسمة، هل تنقسم أسباعا[٤] أو أثلاثا؟ أو لا تنقسم إلا نصفين على أصل الشركة قبل الوراثة؟ أو لا تنقسم بحال؟ وكل موضع يكون للمشترى أن يدعو للقسمة استشفع منه، أو له أن يدعو للبيع فقط، يختلف هل تكون شفعة أم لا؟ وكل موضع ليس له طلب القسم ولا البيع فلا شفعة له بأن يكون لا يقبل القسم، ولو باع هذا نصيبه لم ينقص عن بيع الجملة.

ولو كانت دارا بين ثلاثة لأحدهم النصف ولاثنين النصف وهى تنقسم نصفين، ولا تنقسم أرباعا، وإن باع أحد صاحب النصف فاستشفع الاثنان، أو أحد الاثنين شفع صاحب الربع على أحد قولى مالك.

---

(١) فى أ: سهم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: و.
(٤) فى أ: أتساعًا.

وعلى القول الآخر: لصاحب النصف دونه.

وقال ابن القاسم فى ثلاثة شركاء باع أحدهم نصيبه من ثلاثة، ثم باع أحد هؤلاء الثلاثة نصيبه من ذلك الثلث: إن الشفعة لجميعهم.

وقال أشهب: لبقية أصحاب الثلث.

قال: وأرى أن الشركة بميراث أو غيره سواء، وإنما تراعى صفة القسم لاختصاص الضرر بها، وإذا كانت الدار بوراثة واحدة مختلفين فى المنازل: زوجات، وبنات، وأخوات، وعصبة، فباعت إحدى الزوجات، فالشفعة لبقيتهم، فإن سلمن فلبقية الورثة أهل السهام الآخرين وغيرهم، فإن باع أحد البنات، شفع بقيتهن، فإن سلمن فلجميع الورثة: الزوجات، والجدات.

واختلف إذا باع أحد العصبة:

فقال مالك مرة: هم كأهل سهم، الشفعة لبقيتهم.

وقال - أيضا -: لجميع الورثة.

وكذلك إذا خلف بنات، وأخوات، فباعت إحدى البنات شفع بقيتهن، فإن سلمن شفع الأخوات.

واختلف إذا باعت إحدى الأخوات، هل يشفع بقيتهن فقط أو الجميع؛ لأن الأخوات ههنا عصبة البنات؟ فعلى القول أنهن كأهل سهم يكون من حق البنات أن تقسم الدار أثلاثا، ثم يقسم الأخوات ثلثهن إن كن ثلاثا أثلاثا.

وعلى القول الآخر: من حق الأخوات أن يقسم من الأول أسباعا.

وقال ابن القاسم فى شقيقة، وأخوات لأب، فباعت إحدى الأخوات - شفع جميعهن.

وقال أشهب: بل يشفع بقية الأخوات للأب، فإن سلمن شفعت الشقيقة.

قال: وهو أحسن؛ لأن من حقها أن يقسم لها من الأول النصف ثم يقسم أولئك بينهن السدس، فهو سهم يسلم إليهن، وهذا إذا كان السدس يحمل القسم.

وإذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه، والثلث يحمله، لم يشفع الورثة فيه؛ لأن قصد الميت تمليكه إياه.

وجعل سحنون مثله إذا أوصى ببيع نصيب يصرف ثمنه فى المساكين كأن الميت باعه، قال: والقياس: أن يشفعوا لتأخر البيع بعد الموت بعد تحقق الشركة.

ولو أوصى أن يباع من معين، والشريك أجنبي، شفع؛ لأن ذلك لا ينكر[١] على الوصية بخلاف الوارث، وفى المجموعة: لو باع الإمام أرضه مزايدة فى دينه، فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا أؤدى من الدين بقدر ما عليّ، وآخذ نصيب شركائى بالشفعة - فله ذلك إذا كان فى بقية ما يباع من الأرض تمام الدين.

وقال صاحب النوادر: قال مالك: إذا أوصى بدار لخمسة عشر رجلا: لعشرة - سماهم - ثلثاها، لفلان وفلان منهم السدس، وللسبعة منهم النصف، وبقية الدار للخمسة الآخرين، فإن باع أحد الخمسة فباقيهم أشفع، فإن سلموا فلجميع العشرة، فإن باع أحد السبعة فبقية السبعة أحق من الخمسة.

وعن مالك فى إخوة ورثوا، فباع أحدهم، فسلم إخوته، ثم باع أحدهم، شفع المشترى الأول مع[٢] من لم يبع، ومتى سلم بقية أهل سهم فالشفعة لبقية أهل الميراث، فإن سلموا كلهم ثم باع أحد المشترين نصيبه مما اشترى، استوى بقية أهل ذلك السهم، وشركاء البائع المشترون معه وبقية الورثة، وليس المشترى كالورثة فيدخل أهل السهام، على العصبة والمشترين من أهل السهام، ولا يدخل المشترون ولا العصبة عليهم.

وقال أشهب فى ثلاثة ورثوا دارا أو اشتروها، فباع أحدهم من نفر فسلم الشريكان، ثم باع أحد المشترين نصيبه، فبقية المشترين أشفع من شريكى البائع، ولو باع أحد شريكى البائع، لدخل شريكه والمشترون، وجعل المشترى من الشريك كورثته.

وخالفه ابن القاسم، وقال: لا يكون المشترى الأول أشفع فيما باع بعضهم دون شركاء بائعه، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترى، وذكره مالك، وجعل المشترى كبائعه، والموصى لهم كالعصبة مع أهل السهام، قال الأبهرى: أهل كل سهم أحق بالشفعة بينهم فيما ورثوا، أما ما اشتروا أو وهب لهم أو[٣] وصل إليهم بغير الإرث، فلا، بل يستوون، فإن باع المشترى من الميراث من أهل السهام، دخل أهل السهام مع المشترين منهم، ولا يكون المشترون أولى بالشفعة فيما اشتروا

(١) فى أ: لا يعكر.
(٢) فى أ: معه.
(٣) فى ط: و.

من بعض أهل السهام؛ لأن حرمة السهام آكد من حرمة الشراء؛ لأن الشراء قد لا يقع، والميراث لا بد من وقوعه(١).

وفى الجواهر: كل صاحب شرك أخص يقدم على الأعم، فإن سلم أخذ الذى يليه، فإن سلم الذى يليه فالذى يليه، فإن باعت إحدى الأختين شفعت أختها، فإن سلمت، فأهل السهام والعصبة، فإن سلموا فالشركاء الأجانب، ويدخل أهل السهام على العصبة، بخلاف العكس؛ لأن العصبة ليسوا أهل سهم.

وقال أشهب: لا يدخل أحدهما على الآخر، وجعلهم كأهل سهم.

وعن مالك: الأخص والأعم سواء، فكل من له ملك فى المبيع يشفع.

قال القاضى أبو الحسن: وهو القياس، والأول استحسان.

واختلف قول (ش) كمالك، وسوَّى أبو حنيفة بين الشركاء.

لنا: أن ملك الأخ أقرب إلى ملك الأخ من ملك العم لحصولهما بسبب واحد، وجمعهما بمعنى واحد، فيكون أولى بدليل تقدم الشريك على الجار المقابل؛ ولأن نصيب الأخوين فى حكم النصيب الواحد، بدليل: أنه لو ثبت أن الأب غصب شيئا، استحق من نصيبهما دون نصيب العم، فيقدم أحدهما على العم.

احتج بظواهر النصوص؛ كقوله -عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ الَّذِى لَمْ يُقَاسِمْ»(٢) وهو عام.

وبالقياس على ثلاثة ملكوا من جهة واحدة، هبة، أو غيرها؛ ولأنها لأجل الضرر وهم فيه سواء.

والجواب عن الأول: أنها مخصوصة بما ذكرنا؛ [جمعا بينها وبين المعنى](٣) المناسب.

والجواب عن الثانى: الفرق بما ذكرناه من معنى القرب.

والجواب عن الثالث: لا نسلم أنها لمطلق الضرر، بل للضرر مع قوة الملك

---

(١) فى ط: وقوع.

(٢) قال ابن حجر فى الدراية (٢/ ٢٠٢): لم أجده هكذا، وإنما أخرجه مسلم. قلت: الذى فى صحيح مسلم: «قضى رسول الله بالشفعة فى كل شرك لم يقسم».

حديث (١٦٠٨) وروى بلفظ: «الشريك شفيع، والشفعة فى كل شىء» الترمذى حديث (١٣٧١)، والطبرانى فى الكبير (١١/ ١٢٣)، والطحاوى (٤/ ٢٥).

(٣) فى أ: جمعًا وبينها المعنى.

الذى هو سبب الأخذ؛ جمعا بين المناسبتين، وهو أولى من إلغاء أحدهما.

فرع: فى الكتاب: إذا اقتسموا الدار دون الساحة فباع أحدهم ما صار له من الدار، فلا شفعة؛ لعدم الشركة، ولا شفعة بالحريم ولا بالشركة فى الطريق، ولكن له طريق فى دار، فبيعت الدار لبعد هذه الأمور عن البيع.

قال ابن يونس: عن مالك: إذا قسمت النخل وبقى محلها أو ماؤها من بئر أو عين أو نهر، فلا شفعة، وقاله عثمان بن عفان - رضى الله عنه - ؛ لأنه بيع لأصل لا شفعة فيه، [وبقاء المشترى بلا محل][1] ولا بئر أشد من ضرر الشركة.

وقال اللخمى: للشركاء رد المبيع فى الساحة إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت؛ للضرر.

وإن كان أسقط حقه من عنده وجميع بيوته إلى حق آخر، وفتح له من دار أخرى، وكان بيعه من أهل الدار: جاز ذلك، وكان لبقية الورثة الشفعة، على أحد القولين فى وجوب الشفعة فيما لا ينقسم، وإن باع من غير أهل الدار - ردوا بيعه؛ للضرر، ولهم الإجازة والأخذ بالشفعة.

فرع: فى الكتاب: يقوم بشفعة الصغير أبوه أو وصيه؛ لأنها من باب تنمية المال، فإن لم يكونا، فالأم تنظر له وإلا أخذ للجد، بل يرفعه للإمام؛ لأنه الناظر لمن لا ناظر له، فإن عدم الأب والوصى بموضع لا إمام به، أخذ إذا بلغ؛ لأنها حقه ولم يسقطها، ولو سلمها الأب أو الوصى أو السلطان - امتنع أخذه إذا بلغ؛ لنفوذ تصرفهم عليه، ولو أهمل الأب حتى بلغ، وقد مضى لذلك عشر سنين، فلا شفعة؛ لأن إهمال أبيه كإهماله.

قال التونسى: للمأذون له الشفعة؛ لأنها من ضبط المال، فإن ترك سيده قبل أخذه أو أخذ قبل تركه، مضى؛ لأن السيد الأصل، فإن سبق العبد بالأخذ أو الترك، مضىٰ؛ لأنه مقتضى الإذن، فإن أحاط الدين بماله فلا أخذ لسيده ولا ترك؛ لأن ذلك قد يضر بغرمائه، وجعل ترك السيد شفعة العبد المديان لا يلزم العبد، بخلاف تحجيره عليه التجارة؛ لأن الشفعة كالأمر الواجب له ليس للسيد إبطاله، وإذا اطلع السيد على غبن عبده فى الإسلام أو الأخذ، أو أن ذلك محاباة للمشترى، لم يجز ذلك، ولا يعتبر سبق السيد المكاتب؛ لأنه لا يقدر على انتزاع ماله، وله نقض

---

(١) فى أ: ويقال المشترى بلا نخل.

الأخذ والإسلام؛ لأنه قد يفضى إلى عجزه.

قال أشهب: إلا أن يتبين من المكاتب محاباة بالهواء فى المسلم إليه أو المأخوذ منه بحطيطة، ولو أخذ السيد، فسلم المكاتب ثم عجز، فلا أخذ للسيد؛ لأن المسلم كان نافذ التصرف، والمعتق بعضه لا يأخذ إلا بإجماع منه، وممن له فيه رق؛ لاجتماع السببين فيه، فإن أسلمها أحدهما ثم عتق بقيته، لا أخذ له؛ لأن مسلمها نافذ التصرف عليه حين تصرف.

ويحسب للصغير بعد بلوغه ورشده مدة سنة - عند أشهب - ؛ لأنه يقطعها بها، وكذلك الغائب إذا قدم، علم فى غيبته بها أم لا، وكذلك المريض.

وقاله عبد الملك: لهم بعد القدوم والكبر والصحة التأخير إلى ما تنقطع به للحاضر، ولم يقل بأن السنة تقطع.

وقال أصبغ: المريض كالصحيح إلا أن يشهد فى مرضه قبل مضى وقت الشفعة: أنه على شفعته، وأنه إنما ترك التوكيل عجزا.

وإذا لم يأخذ الوصى عند مدة انقطاعها، بطلت، وسواء رأى الأخذ خطأ أو الترك؛ لأنها قد تكون مربحة، وغيرها أكثر ربحا منها.

ولو رشد قبل مدة الأخذ، حسبت مدة الأخذ من يوم وجبت؛ لأنه يبنى على ما كان. وإن اختلف الوصيان، نظر الإمام؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، فإن أخذ أحدهما وسلم الآخر ولم ينظر الإمام حتى رشد، وقد مضى مدة الشفعة، واستضر بذلك المشترى - بطلت، أو ترك الصبى الذى يأخذ، خير بعد رشده فى الأخذ والإسلام؛ لأن فعل أحد الوصيين لا يلزمه، وإن رفعت الأم بعد طول وهو لم يرشد فكما إذا رشد، ولم يجعل سحنون الأخذ والشقص فى يد الآخذ بالشفعة من الوصيين رضا منه، وليستعن القاضى بأهل المشورة، ولا يمطل المشترى إلى أن يولى الصبى رجلا إلا أن يكون على ثقة من وجود ذلك عاجلا، نحو: ثلاثة أيام، وليس لغرماء المديون أخذ شفعته ليأخذوا منها ديونهم، بل يخير الورثة فيها كموروثهم، فإن أخذوا بيعت فى الدين، فإن أخذوا بمال الميت فللغرماء الثمن والفضل، فإن أخذوا لهم بيع عليهم، فإن كانت إن بيعت لم يحصل إلا ما أخرجوه من أموالهم، لم يبع؛ لعدم الفائدة.

ولا يلزم المفلس الأخذ ولا لغرمائه أخذ؛ لأنه لا يلزمه الاكتساب.

قال أشهب: إنى أخاف ألا تكون له شفعة، إن كان إنما يأخذ ليباع للغرماء، والشفعة إنما شرعت لينتفع بها الآخذ لنفى الضرر، فلا يضر المشترى للغير، ولو قال ذلك قائل ما رددته، وأما المريض - وإن أخذ لغيره - فلأنهم ورثته، ولهم الأخذ بعد موته.

قال ابن يونس: قال محمد: الشفعة للمولى عليه والصغير أبدا حتى يقيما بعد زوال الولاية سنة؛ لعدم الأهلية قبل ذلك.

وفى المدونة: قال مالك: لا يأخذ الوصى للحمل حتى يستهل؛ لعدم توريثه قبل ذلك.

وقال اللخمى: إذا رشد الصبى لم يكن له أخذ ما ترك وليه، ولا رد ما أخذ، إلا أن يثبت أن الأخذ ليس حسن نظر أو أن الترك محاباة؛ لأن الله - تعالى - لم يوله على قربان ماله إلا بالتى هى أحسن، فهو معزول عن غير ذلك.

وعن مالك: إذا علم أن تركه سوء نظر، لا شفعة؛ كما لو ترك شراء ما فيه غبطة.

وإذا حكم برشده فله تمام السنة من يوم وجبت، فإن لم يكن له ناظر ولا وصى، استوفيت السنة عند محمد من يوم ولى أمره.

وعند ابن حبيب: من يوم البلوغ؛ نظرا إلى التمكن من التصرف، أو يكفى حصول سببه، والبكر من يوم الدخول، والغائب من يوم القدوم، والمريض من يوم الصحة، فإن بلغ سفيها وقام بعد مدة بعد الرشد، فلا شفعة له إلا أن يكون الأخذ قبل ذلك حسن نظر، وأما المريض فإن كان ينظر فى أمر دنياه بالبيع والشراء، فهو كالصحيح، وإن أعرض عن ذلك ثم قال: كنت تركت له، قُبِلَ قوله، وليس من يكون ورثته ولدا ويعلم منه الاجتهاد كمن يرثه عصبة فلا يصدق إن كانوا عصبة.

وقال محمد: إن قربت غيبة الغائب ولا مؤنة عليه فى الشقوص[١]، فهو كالحاضر.

وقال غيره: ليس علم المرأة [و][٢] الضعيف ومن تعسر عليه الحركة كغيره،

---

(١) فى ط: الشخوص.

(٢) سقط فى ط.

وإنما يجتهد فى ذلك الإمام، وليس المجتهد فى رباعه، وتقاضى أكريته كالمتراخى فى أموره.

والغيبة البعيدة أربعة أقسام:

تغيب الشفيع وحده، أو المشترى، أو كلاهما[1] واحدا، أو مفترقين.

فإن غاب الشفيع، فهو عليها بعد القدوم، وإن كان حاضرا ثم غاب وعاد قبل المدة، أو منعه مانع حتى مضت المدة - فهو عليها بعد خلفه، وإن كان السفر بعيدا، لا يرجع حتى تمضى السنة، فقطعه قاطع عن التمادى، فلا شفعة له؛ لرضاه أولا بذلك.

قال محمد: وإن ترك الغائب وكيلا فأكرى وهدم وبنى بحضرة الشفيع، فهو على شفعته؛ لاستثقال الناس التردد للقضاة.

قال: وهذا يحسن من قوله فيمن يعلم منه ثقل ذلك عليه، أمامن يعلم منه الدخول للقاضى، فتبطل شفعته إلا أن يكون فى الوكالة تسليم الشفعة، والإشهاد ببينة عادلة، فلا شفعة، وإن كانا مجتمعين فى بلد وغائبين عن موضع الشقص، فلا شفعة بعد المدة؛ لأنه لا عبرة بغيبة الدار؛ لأنه يأخذ على شراء المشترى.

وإن قال: أخرونى حتى أرى، لم يؤخر إلا أن يكون الشقص على ساعة من نهار.

قال صاحب النوادر: قال مالك: الغائب على شفعته إلا أن يقوم بعد طول يجهل فى مثله أصل البيع ويموت الشهود، وأما مع قرب الأمد مما يرى أن البائع أخفى الثمن ليقطع الشفعة، فيأخذ على مايرى من ثمنها يوم البيع، وإن مات الغائب فى غيبته، فللورثة الأخذ، وإن كان المشترى والشفيع غائبين كل واحد بموضع، فقدم الشفيع على المبتاع وأقام معه ما تنقطع فيه الشفعة لا يطلبه، بطلت الشفعة؛ لتفريطه.

قال أشهب: ولا تسليم لأحد من أقارب الصبى إلا أب، أو وصى، أو من استخلفه السلطان.

وإذا اختلف الوصيان ولم يرفع للإمام حتى تمت السنة:

---

(١) فى أ: كليهما.

فإن كان ذلك بيد المبتاع، زالت الشفعة، أو بيد الآخر، خير الصبى بعد البلوغ فى الأخذ، فإن لم يبلغ، نظر له السلطان، أيضا.

فرع: فى الكتاب: له التوكيل فى الأخذ غبت أم حضرت؛ قياسا على البيع، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض له ذلك، ولو أقر الوكيل أنك سلمت، فهو كشاهد يحلف معه المبتاع، فإن نكل حلفت وأخذت، ولو أقام بينة: أن فلانا وكله الغائب فى الأخذ - مكن من ذلك؛ كالبيع.

فرع: قال: الشفيع مقدم على غرماء المشترى وإن كان فى الشقص فضل؛ كالمرتهن فى الرهن والبائع فى السلعة؛ لأنه يعطى الثمن بفضله، فلا ضرر على الفريقين، ولا يجبره غرماؤه على الأخذ؛ كشراء السلع للربح، بل له الأخذ والترك.

وإن أحاط الدين بماله:

قال التونسى: ليس لغرماء الميت أخذه ليفوا دينهم والفضل للورثة، بل يخير الوارث؛ لأن إنشاء البيع لا يجب عليه.

قال ابن يونس: قال أشهب: لمن أحاط الدين بماله الأخذ ما لم يفلس، فيمنعوه إن كان نظرا لهم، وليس لهم إلزامه الأخذ وإن كان فيه فضل، كما لا يعتصر ما وهب.

ولمالك تفصيل حسن فى الورثة لم يقف عليه أشهب، وكان يحب سحنون أن يبدأ بالورثة، فيقال لهم: إن قضيتم الدين، فلكم الشفعة؛ لأن الميراث بعد الدين، فإن أبوا، بيع ميراث الميت للدين ولا شفعة لهم؛ لأن النصيب الذى يستشفع به قد بيع.

قال اللخمى: إذا اختلف الشفيع وغرماؤه، قدم طالب الترك؛ لأنهم لا يجبروه(١) على التجارة إن ترك، ومن حقهم أخذ الناض(٢) بالحضرة، ولا يتأخروا(٣) لبيع الشقص ويتوقعون الاستحقاق، وهذا هو القياس، والاستحسان إن كان فضل والبيع لا يتراخى إلى اليومين، واتفقوا على الأخذ - جاز - ؛ لعدم الضرر؛ ولندور الاستحقاق.

---

(١) فى أ: يجبرونه.
(٢) فى أ: الناقص.
(٣) فى أ: يتأخرون.

وإن مات الشفيع بغير وارث، والمال لا يوفى[١]، وفى الأخذ فضل - فلغرمائه الأخذ ومتى اتفق ورثته على أخذ أوترك، قدموا، فإن اختلفوا، قدم طالب الأخذ من غريم أو وارث إلا أن ذلك للغرماء مع الفضل، فإن بقى من الفضل شىء فهو ميراث.

وإذا قال الغرماء: لا تدفع أموالنا إلا أن يكون الفضل لنا، مكنوا.

قال: وكل هذه الفروع بالاستشفاع للبيع.

قال صاحب النوادر: قال المغيرة: إذا أبى الورثة قضاء الدين، وقالوا: يباع المال، فإن كان فضل ورثناه - لا شفعة لهم ولا للغرماء؛ لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذى به الشفعة.

فرع: قال ابن القصار: الشفعة تورث، علم بها الموروث أم لا، وقاله (ش) خلافا لـ (ح)

لنا: قوله - تعالى -: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢].

وقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»[٢].

وقياسا على الرد بالعيب وحق الرهن والكفيل.

احتج بأن الدين المؤجل يحل بالموت، ولا يرث الوارث الأجل.

وقياسا على قبول البيع إذا مات قبله وبعد الإيجاب.

وقياسا على نفى الولد باللعان.

ولأن ملك الوارث متجدد، فأشبه ما لو باع ما به يشفع لم ينتقل الملك للمشترى.

والجواب عن الأول: أن الحق إنما ثبت لموروثه فى ذمته وقد خربت، فتعذر بقاؤه.

وعن الثانى: عدم تقرر الملك قبل القبول، والقبول من رأيه لا من ماله، والوارث إنما ينتقل إليه مال أو متعلق بالمال، وهو الجواب عن الثالث.

وعن الرابع: أن التجدد مفسر بالانتقال على ما هو عليه من جميع الجهات،

---

(١) فى أ: لا يولى.

(٢) تقدم.

بخلاف البيع للأجنبي.

فرع: في الكتاب: يمتنع إعطاء أجنبي مالا للشفيع على أن يقوم بالشفعة ويربحه ذلك المال، ولا يجوز بيع الشقص قبل الأخذ؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع ما لم يملك[1]، ولا يأخذ لغيره؛ لأن إضرار المشتري إنما جاز لنفي ضرر الشركة عنه.

وفي النكت: قال أشهب: إذا ترك إرباح الأجنبي، رد المشتري للمأخوذ منه، ثم الشفيع على شفعته، إن ثبت ذلك بالبينة: إما بإقرار الشفيع فيتهم في فسخ الأخذ، وبإقرار المشتري من الشفيع فيتهم على الندم في الشراء. وقال ابن شبلون: إن أخذ الشفيع لغيره - وهي أرض - فبنى فيها المأخوذ له وغرس، ولم يعلم المشتري ثم علم: فإن كانت قيمة الأرض أكثر من الثمن الذي أخذها به الرجل - أخذ المشتري منه تمام القيمة، وإلا مضت بالثمن، ولا يرجع بشيء؛ لأن له شبهة في الأخذ، وله أن يبيع بعد الأخذ، إجماعا.

قال أبو محمد: يرجع الشقص للمشتري، فيه فضل أم لا، والبناء كبناء المستحق منه في بناء شبهة؛ [لأن الزرع يطول أمره والثمرة تتأخر مع المشتري][2].

فرع: في الكتاب: إذا حبس أحدهما ثم باع الآخر، فلا أخذ للمحبس عليه ولا للمحبس، إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل فيه نصيبه.

وللشافعية في أخذ صاحب الوقف وجهان.

قال اللخمي: قيل: ليس للمحبس شفعة، وإن أراد جعله في مثل الأول.

قال: وهو أقيس؛ لأنه ليس له أصل يستشفع به.

ولو كان الحبس على معينين[3]، جرى على القولين: فعلى قول مالك لا يرجع بعد انقراض المعينين إلى المحبس، فالجواب كما تقدم.

وعلى القول برجوعه ملكا، يشفع، وإن لم يلحقه بالمحبس.

قال صاحب النوادر: قال مطرف: إن كان مرجع الحبس للمحبس [فله الشفعة؛ لأنه ماله، وإلا فلا، إلا أن يريد بالمحبس أو المحبس][4] عليه: إلحاقه بالحبس.

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: معنيين.
(٤) سقط في ط.

وقال أصبغ: إن حبس على المساكين أو فى سبيل الله، فله الأخذ إن جعله فيما جعل فيه، وإلا فلا شفعة إن أخذه ليمسكه.

فرع: قال صاحب الخصال: أربعة[١] لا شفعة لهم: إذا باع أحد المتعاوضين[٢] حصته من دار من شركتهما، أو الوصى من دار مشتركة بينه وبين اليتيم، أو الأب لابن له صغير من شركة بينهما، وإذا وكل الرجل على بيع حصته فى دار هو شفيعها، وقيل: له الشفعة.

نظائر: قال أبو عمران: إن خمس مسائل تترتب على الميراث:

من باع لا يشفع فى عين ما باع إلا بالميراث؛ بأن يرث الشفيع فينتقل إليه الحق فيأخذ؛ لأنه قد يرضى بالبيع للمشترى ولا يرضى شركته، ولا ترجع الهبة إلا بالميراث، ومن حلف - بعتق عبده -: ليفعلن كذا فباعه، فإن اليمين ترجع عليه إذا ملكه، ويكمل عتق القريب بملك[٣] بعضه إلا بالميراث، ولا ينقض بيع نفسه إلا بالميراث فيحل بيع نفسه بنفسه.

فرع: فى الكتاب: لأم الولد والمكاتب الشفعة، وكذلك المأذون، فإن لم يكن مأذونا فذلك لسيده، وإن أسلمها المأذون فلا قيام لسيده، وإن أرادها المأذون، وسلمها السيد، وليس العبد مديانا - جاز تسليم السيد، وإن كان مديانا وله فيه فضل، فلا تسليم، ويقدم تسليم المكاتب على أخذ السيد؛ لاستقلاله بتصرف ماله، ولذات الزوج تسليم شفعتها؛ لأنه من باب الشراء لا من باب التبرع.

قال ابن يونس: قال محمد: إن سبق المأذون بالأخذ أو التسليم قبل علم السيد، لزمه، ولا مقال للسيد بعد ذلك، لاستقلاله بالتصرف، وإن سبق السيد لا مقال للمأذون؛ لأن تصرف السيد كالحجر عليه، إلا أن يكون على المأذون دين، فلا يلزم تسليم السيد، وإن غبن المأذون فى الأخذ غبنا شديدًا، أو فى التسليم، وعلم أن فيه محاباة بينة - فليس له ذلك.

قال: وأم الولد وكل من للسيد انتزاع ماله مثل المأذون، من سبق منهم أو من السيد للتسليم أو الأخذ، نفذ، رضى الآخر أو كره، وأما المكاتب فله نقض تسليم

---

(١) فى أ: نظائر أربعة.
(٢) فى أ: المتفاوضين.
(٣) فى ط: بملك.

سيده وأخذه؛ لإحرازه ماله.

قال أشهب: إلا أن يتبين من أخذ المكاتب أو تركه محاباة بينة، فللسيد نقضه.

قال محمد: والمكاتب، والمعتق بعضه، وأم الولد، والمدبر والمعتق إلى أجل، والعبد، إذا لم يكن لواحد منهم مال يأخذ به، وطلبوا الأخذ، ليس للسيد الأخذ لنفسه؛ لوجوبها لغيره، فإما أن يأخذ للمالك أو يترك، فيأخذ بسلف أو هبة لعبده ومدبره وأم ولده ومعتقه إلى سنين، أحبوا أو كرهوا، ولو كره المشترى؛ بخلاف المكاتب، والمعتق بعضه، لا بد من رضاهما؛ لعجزه عن انتزاع مالهما.

قال اللخمى: العبد مثل الحر فى الشفعة، فإن كان غير مأذون له: فالمقال له ولسيده، فإن أخذ العبد أو ترك قبل نظر سيده، فلا مقال لسيده، وإن سبق السيد للأخذ أو الترك، مضى فعله، ولا مقال للعبد ما لم يكن عليه دين، فإن أضر أخذه بالغرماء، كان لهم وللعبد الرد، وليس كذلك إذا ترك لا مقال للغرماء كحالهم مع الحر، وللعبد الأخذ ليبرئ ذمته إلا أن يحجر السيد عليه التَّجر جملة، والمدبر إن وجبت له فى صحة السيد، فكالعبد، أو فى مرضه، فإن اتفقا على شىء، فما اتفقا عليه، وإلا فما قاله السيد إن صح، وما قاله العبد إن مات السيد لكشف العاقبة عن استقلاله لنفسه، فإن امتنع المشترى من الصبر إلى صحة السيد أو موته، أوقف الحاكم السيد والمدبر فيتفقان على أخذ أو ترك، وإلا أسقط الشفعة، إلا أن يرى أن أمره لا يطول فيوقف ثلاثة أيام، والمعتق إلى أجل، إن كان غير مأذون له ولم يضرب أجلا، فالأمر لسيده، وإن ضرب أجلا وصار بموضع لا ينزع ماله، فالأمر للعبد دونه، وإذا لم يأخذ المكاتب حتى عجز قبل تمام السنة، فالأمر لسيده فيما بقى من السنة، كالحر إذا مات قبل السنة لورثته بقية السنة، والمعتق بعضه إن كان مأذونا، فما اختاره، أو غير مأذون، فلا بد من الاجتماع، فإن اختلفا رد.

قال صاحب النوادر: إذا لم يأخذ العبد ولا المعتق بعضه ولا المكاتب، ولا سلموا حتى عتقوا، ولم يطل الزمان - فلهم الأخذ إلا أن يستثنى المعتَق الشقص.

قال فى المجموعة: فلا أرى ذلك له ولو أراه أخذ لم أعبه؛ لوجوبها له.

فرع: فى الجواهر: إذا باع [بعض][1] حصته لا يأخذ مع الشريك بالشفعة؛ لأن

(١) سقط فى أ.

بيعه رغبة فى البيع، وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه فى دين وهو غائب ثم قدم؛ لأن يده كيده.

قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشترى، له الشفعة؛ لأنه بيع ثان، فلعله يرضى بالمشترى الأول دون الثانى.

الركن الثانى: المأخوذ.

وفى الجواهر: لا شفعة فى غير الدور، والأرضين، والنخل، والشجر، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة.

ولا شفعة فى دين، ولا حيوان، ولا سفن، ولا بز، ولا طعام، ولا عرض، ولا غيره انقسم أم لا، وقاله (ش وح) ؛ لما فى الصحاح: «قَضَى - عليه السلامُ - بالشُّفْعَةِ فِى كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»(١).

وهو يدل بالمفهوم على عدم الشفعة فى المنقولات؛ لتعذر الحدود والطرق فيها.

ولقوله - عليه السلام - فى مسلم: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ: رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ . . .»(٢) الحديث، والمبتدأ يجب انحصاره فى الخبر فلا تشرع فى المنقولات.

قال ابن يونس: عن مالك: إلا أن يبيع الدين من عدوه أو نحوه، فهو أحق؛ لنفى الضرر؛ ولأن المكاتب أحق بما يباع من كتابته، وعنه - عليه السلام -: «الَّذِى عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَحَقُّ بِمَا بِيعَ مِنْ مُشْتَرِيهِ . . .»(٣).

قال مالك: هو أحق من غير قضاء عليه.

قال اللخمى: اختلف فى الشفعة فى اثنى عشر موضعا:

فيما لا يجوز التراضى بقسمه؛ كالنخلة الواحدة، والشجرة، وفحل النخل إذا بيع مفرادًا، وما لا يحمل القسم إلا بضرر؛ كالحمام، والدار الصغيرة.

وفى الساحة، والطريق، والجدار وإن حمل القسم إذا بيع بعد قسم الأصول.

وفى الأنقاض إذا بيعت بغير أرض.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) روى بلفظ «من ابتاع دينًا على رجل، فصاحب الدين أولى» قال ابن حزم فى المحلى (٩/٦): باطل؛ لأنه عمن لم يسم عن عمر بن عبد العزيز عن النبى ﷺ.

وفى الماجل والبئر والعين إذا لم يكن عليها جباة[١] وقسمت أو بيعت مفردة.
وفى الثمار إذا بيعت مع الأصول أو مفردة.
والزرع إذا بيع مع الأصل فى المساقاة.
وفى رحا الماء ورحا الدواب بيعت بانفرادها أو مع الأرض.
ويختلف على هذا فى رقيق الحائط ودوابه إذا بيعت مع الأصل أو مفردة.
والثامن: المناقلة.
والتاسع: بيع منافع ما فيه شفعة، وهو الكراء.
والعاشر: ما يوصى الميت ببيعه لغير معين.
والحادى عشر: الهبة والصدقة.
الثانى عشر: شفعة من شريكه بغير البلد الذى فيه المبيع.

[فمنع مالك][٢] فى النخلة الواحدة والشجرة؛ لأن الشفعة إنما شرعت لخوف قلة السهم فى القسم أو تغير البنيان، وضيق الممر، وتضييق الواسع، وخراب العامر، ولو وجبت لضرر الشركة لوجبت فى الجارية؛ لدخول ضرر منع الوطء بالشركة.

وأوجبها أشهب فى النخلة والشجرة.

واختلف عن مالك فى الدار التى لا تنقسم، وهذا إنما يحسن: إذا كان للمشترى أن يدعو إلى بيع الجميع.

أما على القول بأن من اشترى نصيبا بانفراد، ليس له أن يدعو إلى بيع الجميع: لا يكون للآخر عليه شفعة، وكذلك إن كانت تلك الدار إن بيع ذلك النصيب بانفراده لا يزيد على بيع الجملة، فلا شفعة؛ إذ ليس له أن يدعو إلى بيع الجميع، وكذلك إذا كان بيع الجميع، أتم وقال المشترى: الآن أنا أسقط مقالى ولا أدعو إلى بيع الجميع، ومتى أردت البيع بعت نصيبى، إلا أن يقال: إن الشفعة لدفع الضرر المتوقع فى طول أمد الشركة، وأنه لا يقدر على إصلاح ولا جذاذ[٣] ولا حرث إلا برضا صاحبه.

وقال مالك فى المدونة: فى الحمام الشفعة، خلافا لعبد الملك، وهو اختلاف

---

(١) فى أ: حياة.
(٢) فى أ: فمن ملك.
(٣) فى أ: جداد.

من قوله فى النخلة، ولا فرق.

وأما الجدار يكون بين الدارين:

فعند ابن القاسم: فيه الشفعة.

وعلى أصل أشهب: لا شفعة؛ لأنه منع من قسمته، وإن حمل القسم، وأبقاه مرفقا بينهما لخشبهما وأوتادهما، وكذلك قال فى الماجل إذا اقتسما ما سواه وإن حمل القسم.

وفى المناقلة ثلاثة أقوال:

فعن ابن القاسم: إن باع نصف أرضه بأرض أخرى وزيادة دنانير، فيه الشفعة.

وكان من قول مالك: إن علم أنه أراد المناقلة والسكنى دون البيع، فلا شفعة؛ لأنه لم يرض بالخروج من داره.

وقال عبد الملك: إنما قال مالك: لا شفعة فى دارين أو حائطين بين أشراك يناقل أحدهم بعض أشراكه حصته من هذه الدار بحصته من الدار الأخرى أو الحائط، فيجمع كل واحد منهم فى شىء واحد؛ لأنه إنما أراد توسعة حظه وجمعه، وأما إن ناقل بنصيبه من دار أخرى لا نصيب له فيها، ففيها الشفعة، عامل بذلك بعض أشراكه أو أجنبيا، وقد روى عن مالك: أن فى ذلك كله الشفعة.

قال اللخمى: عدمها إن أراد جمع نصيبه أحسن؛ لأن الأصل: أن كل ذى ملك أحق بملكه، وإنما وردت السنة بتغليب أحد الضررين بأن يعاد للمشترى مثل دنانيره، وخصت الرباع بذلك؛ لأن ضررها أشد، فإذا خرج من ربعه لدفع مضرة من ربع آخر، فهو أحق بما رفع المضرة منه، وبما خرج من ملكه لأجله، وكذلك إذا أخذ نصيبا من دار لا شرك له فيها والأمر فى الأول أبين.

وعن مالك: لا شفعة لمن لم يسكن؛ لأن الضرر الأعظم منعه من السكن، فعلى هذا لا يشفع فى الحمام ولا الفندق ولا فيما يراد للغلة ولا يسكن.

وأما النقض:

ففى المدونة: إذا أذنت لهما فى البناء فى عرصتك، ثم باع أحدهماحصته، لك أخذها بالقيمة، دون ما بيعت به، وإن كان أكثر من قيمتها؛ لأن لك أخذ النقض بالقيمة إلا أن تكون القيمة أكثر، فتأخذ بما بيع به؛ لأن البائع رضى بذلك.

فإن لم تأخذ فالشريك أولى من المشترى؛ لأن هدم نصف كل بيت ضرر.

قال اللخمى: النقض قسمان: لرجل دار يبيع نقضها دون أرضها، أو الأرض لك والنقض لآخر وقد أعرتها لأجل وانقضى، واختلف فى البيع فى هذين السؤلين[1] هل يصح أم لا؟

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا اكتريا أرضا للزرع فأراد أحدهما كراء نصيبه، فالآخر أحق به؛ لنفى الضرر، لا لأنه شفعة، فإن الزرع لو كان بينهما فباع أحدهما لم يشفع الآخر، وكذلك لو وهبت[2] لهما ثمرة شجرة عشرين سنة حبسًا عليهما، فأراد أحدهما بيع نصيبه بعد الطيب، فالآخر أولى، ولو أجر أحدهما نصيبه من الدار، لم يكن للآخر شفعة؛ لاختصاصهما بالأصول دون المنافع، وإنما وجبت فيما تقدم؛ لأن الزرع يطول أمره، والثمرة تتأخر مع المشترى.

قال صاحب المقدمات فيما هو متشبث بالأصول كالثمرة والزرع والكراء ورقيق الحائط إذا بيعوا معه والرحا إذا بيعت مع الأصل، والماء والنقض إذا بيعا[3] دون الأصل، فأوجبها مرة، ومرة جعل هذه كالعروض.

نظائر: قال أبو عمران: إن الدور والأرضين[4] تخالف الأموال فى إحدى عشرة مسألة: الشفعة ولا يحكم على الغائب فيها ولا يحلف مستحقها، وتؤخر إذا بيع مال المفلس الشهر والشهرين، وخيارها فى البيع أكثر نحو الشهرين، وإذا بيعت يستثنى منها سكنى السنتين، واليومان فى الحيوان، ولا ترد بالعيب اليسير، وترد غلتها من الغاصب، ولا تقسم فى الغنائم، ولا يبيعها الوصى ويبيع غيرها، ويجوز النقد فى غائبها البعيد، والتأجيل فى خصومتها.

فرع: فى الكتاب: إذا بنى قوم فى دار حبس عليهم، ثم مات أحدهم، فباع بعض ورثته نصيبه من البناء - شفع إخوته.

قال صاحب النكت: معناه: أن الميت الثانى أوصى بأن يملك ما بنى وأنه لم يرد الحبس، ولو لم يوص بذلك امتنع بيع الورثة له، كما قاله فى كتاب الحبس، فلا يتناقض قوله، ويحتمل أن يكون الحبس عليهم للسكن خاصة كالتعمير لا حبس.

---

(١) فى أ: السؤالين.
(٢) فى أ: وجب.
(٣) فى ط: بيع.
(٤) فى ط: والأرضون.

وقيل: معناه: بنى شيئا منفردا بنفسه، ومن بنى كذلك فهو على ملكه حتى يصرح بالحبس، والذى فى كتاب الحبس معناه: بنى مختلطا بالحبس.

فرع: فى الكتاب: بنى فى عرصتك بإذنك، ثم أراد الخروج، فلك إعطاء قيمة النقض مقلوعا؛ كاستحقاق القلع شرعا أو يأمره[(١)] بالقلع، فإن كانا اثنين فباع أحدهما حصته، فلك أخذها[(٢)] بالأقل من الثمن أو القيمة، فإن أبيت، فللشريك الشفعة؛ نفيا لضرر القسم.

فى التنبيهات: إن بيع مبنيا مع الأصل، ففيه الشفعة، اتفاقا، وفى بيع حصته من النقض خلاف كان الأصل لهما أو لغيرهما، قائما فى البنيان أو نقضا، وهما شريكان فى الأصل.

وقيل: يأخذ صاحب العرصة بالثمن فقط.

وقيل: [يأخذه مقلوعا][(٣)] بالقيمة فقط.

وقيل: يأخذه من المبتاع.

وقيل: من البائع بالأقل من قيمته مقلوعا أو الثمن، ويفسخ البيع فيه بينه وبين المبتاع.

قال التونسى: أجاز البيع مع أن المشترى يأخذ تارة النقض وتارة قيمته، ولهذا منع أشهب البيع كبيع بقية العبد المعتق بعضه، والمعتق موسر قبل التقويم؛ لأن المشترى لا يدرى أيحصل له نصف العبد أو قيمة؟

وقد يفرق بينهما بأن العبد لا بد من تقويمه مع يسر المعتق، والنقض قد لا يرضى رب العرصة بأخذه، فهو كبيع الشقص الذى له شفيع فإنه[(٤)] متردد بين المبيع وثمنه.

قال: وكيف جعل له الأخذ مع عدم شركته فى النقض مع أنه قد قالوا: لو باع نقض دار على أن يقلعه فاستحقت العرصة فأراد المستحق أخذ الشقص، يأخذه من المشترى بالقيمة منقوضا لا بالثمن؛ لأنه لاشركة فى التقض، فالأشبه ألا يأخذ بالثمن، ولعل المسامحة فى هذا بسبب أن ثم من يأخذ بالشفعة وهو الشريك فى

---

(١) فى أ: تأمره.
(٢) فى ط: أخذه.
(٣) فى أ: بالثمن مقلوعًا.
(٤) فى أ: بأنه.

النقض؛ وهذا مقدم عليه فحل محله، ولهذه العلة لو لم يكن معه شريك، لم يشفع صاحب الأرض.

قال اللخمى: تارة يكون النقض لرجل والأرض لآخر، وتارة تكون دار لرجل فيبيع نقضها دون أرضها، فاختلف فى بيع النقض فى الصورتين ويشبه ذلك بيع شقص فيه شفعة، وشقص عند معتق بعضه والمعتق موسر.

وقال (ش وح): لا شفعة فى البناء والغرس إذا بيع وحده؛ لأنهما يصيران من باب المنقولات كالعروض.

والفرق: أن هذه تبع لما فيه الشفعة، فأعطيت حكم متبوعاتها بخلاف العروض.

فرع: فى الكتاب: بينكما أرض ونخل لها عين فاقتسمتما[1] الأرض والنخل، ثم باع أحدكما نصيبه من العين - فلا شفعة، وكذلك البئر؛ لما جاء «لَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ»[2].

وإن لم يقتسموا وباع أحدهم حصته من العين أو البئر خاصة، أو باع حصته من العين والأرض معا، ففيه الشفعة تبعا، ويقسم شرب العين بالقلد.

وإن كان بينهما أرض ونخل، فاقتسما الأرض خاصة، فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل؛ لأن القسم يمنع الشفعة.

وإن اشتريت نخلة فى جنان رجل، فلا شفعة لرب البستان؛ لأنه ليس شأنها القسم.

فائدة: فى التنبيهات: القِلْدُ - بكسر القاف وسكون اللام -: القدر الذى يقسم بها الماء، قاله الأكثرون.

وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، يقال: سقينا أرضنا قلدنا، أى: حظنا.

وقال ابن قتيبة: هو سقى الزرع وقت حاجته، وقد تقدم بسطه فى كتاب القسمة.

وفى النكت: قال بعض الشيوخ: إنما يصلح قسم النخل دون الأرض إذا اقتسماه على التراضى مع مواضعها من الأرض، ويترك ما بين النخل شائعا، وإلا فلا؛ لأن

(١) فى ط: فاقتسما.

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة (٧/ ١٧٢) حديث (٣٧٨٦) من طريق عثمان بن عفان، وعبد الرزاق فى المصنف (٨/ ٧٨) (١٣٣٩٣) من كلام أبى بكر بن حزم.

إفراد النخل بالقسم لا يصح فى مذهبه.

قال ابن يونس: فى العتبية عن مالك: الشفعة فى الماء الذى يقتسمه الورثة بينهم بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء فى الأرض والحوائط، وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون أشراكهم؛ نظرا للقسمة، وقوله: «اقتسما النخل دون الأرض»، يريد: اقتسماه على القلع، ويمتنع على البقاء إلا أن يقسم بالأرض، إذ لو قسمت الأرض والنخل كل واحد وحده صار لكل واحد نخلة فى أرض صاحبه، وقاله ابن القاسم.

قال محمد: لو قسمت النخل وحدها بلا أرض بشرط، فسخ ذلك، ولو كان بينهما[1] نخلة فباع أحدهما نصيبه، فلا شفعة، قاله فى الكتاب لأنها لا تقبل القسم، ولو بيعت بثمرها؛ لأن الثمرة تبع.

وقال عبد الملك: فيها الشفعة؛ لأن جنسها فيه الشفعة.

قال اللخمى: إن باع أحدهما نصيبه من الحائط والماء صفقة فالشفعة، فيهما فهى فى الماء تبع؛ لأنه من مصلحته أو صفقتين وتقدم الماء [فله الشفعة][2] فيهما، أو فى أحدهما، أو تقدم الحائط وبيع الماء من غير مشترى الحائط، شفع الحائط دون الماء؛ لانفراده، فإن باعه من مشترى الحائط أو استلحقه به قبل أخذ الأصل، أو تركه، قال محمد: كبيعهما معا فلا يأخذ أحدهما دون الآخر، ويتخرج أخذه[3] الأول دون الثانى لأنهما عقدان كقولهم: إذا اشترى الأصول ثم الثمار، أو العبد ثم ماله أو الأرض ثم النخل، فالقياس أن يشفعهما؛ لأن المشترى قصد إلحاق ذلك بالعقد، أو يشفع الأول وحده؛ لأن ذلك كان من حقه قبل شراء الماء فشراء الماء لا يسقط حقه.

وإذا تقدم بيع الماء، خير فى أخذ أحدهما منفردا؛ لأنه [بيع فى حيز][4] الشركة وفى أخذهما لأنه كالصفقة الواحدة، وفى أخذ الحائط وحده لاستقلاله بالعقد؛ لأنه يستحق الماء بالحائط، ولا يستحق الحائط بالماء، كما لا يستحق العبد بماله.

ولو بيع الحائط وحده ولم يوقف الشفيع فيترك، ثم استلحق الماء - كان للشفيع

---

(١) فى ط: بينهم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: أخذا.
(٤) فى أ: تبع فى حين.

أخذ الجميع؛ لأنه تعذر بعدم الماء أولا وهما يعملان على ذلك.

وإذا كان لأحدهما ربع الحائط، وثلاثة أرباع الماء، فباع الأول حصته من الحائط والماء، فللآخر ربع الحائط وما يستحق من الشرب لأجل الثلاثة أرباع؛ لأن ثلاثة أرباع الحائط إذا سقاها صاحبها ربع الماء، لم يجب على الآخر أن يسقى إلا من هذه النسبة فيكون ماء الذى له ثلاثة أرباع الحائط ثلاثة أجزاء، ومن الآخر جزء، وإذا باع صاحب ثلاثة أرباع الحائط، شفع الآخر الجميع؛ لأن جميعه شرب الجميع.

فرع: فى الكتاب: إذا باع نصيبه من ثمر الشجر المزهى قبل قسم الأصل بينهم فى مساقاة أو حبس:

استحسن مالك فيه الشفعة ما لم ييبس قبل قيام الشفيع، أو يباع يابسا، فلا شفعة، وكذلك الزرع.

قال مالك: ولم يقله أحد قبلى استحسانا؛ وقياسا على العرايا التى جوزت من أجل الرفق، وقطع واطئة الرجل، فالشفعة فى الثمار كذلك.

قال ابن القصار هذه إحدى الروايتين عن مالك، وقاله (ح) خلافا لـ (ش).

لنا: قوله - عليه السلام - «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ» وهو عام.

وقوله - عليه السلام -: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ»[1] وهو عام.

ولأن الشفعة فى أصولها فتكون فيها؛ كأغصانها وورقها.

احتج بأن الثمرة لا تدخل فى البيع إلا بشرط، فهى مباينة لها، فلا يشفع فيها؛ كالطعام الموضوع فى الدار.

ولأنها لا تراد للبقاء والتأبيد، والشفعة إنما هى فيما هو كذلك.

والجواب عن الأول: الفرق؛ لاتصالها بما فيه الشفعة.

والجواب عن الثانى: أنها تبقى؛ لأنها تؤخذ شيئا فشيئا فيطول الضرر.

قال صاحب المقدمات: ولا فرق فى وجوب الشفعة فيها عند ابن القاسم، بيعت دون الأصل بعد زهوها أو معها، بعد الزهو أو قبله بعد الإبار، أما قبل الإبار فلا

---

(١) أخرجه الترمذى (٣/ ٦٥٤)، والحديث (١٣٧١)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٥)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٢) الحديث (٦٩).

شفعة، إذ لا حصة لها من الثمن، وإنما يأخذها على رأى ابن القاسم ما لم تجذ أو تيبس إذا بيعت قبل الإبار من جهة الاستحقاق لا بالشفعة.

قال صاحب النوادر: قال ابن القاسم: فإن أجيحت، رجع على من استشفع عنه.

قال عيسى: ويرجع المشترى على بائعه.

وعن مالك: فى ثمرة العنب الشفعة.

قال ابن القاسم: والمقاثى - عندى - كالأصول، فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة بخلاف البقول.

قال أشهب: الشفعة فى الثمرة، كان الأصل لهما أم لا؟ ولهما الثمرة فقط، وكذلك لو كان الأصل لواحد فباع الثمرة أو نصفها من رجلين فالشفعة بينهما دون رب الأرض، وقال: لو لم يقسما شيئًا فباع نصيبه من الأصل دون الثمرة أو العين، ثم باع نصيبه من الثمرة أو العين، فلا شفعة، كان الشفيع أخذ الأصل بالشفعة أم لا.

وقال ابن القاسم: يشفع فى الثمرة دون العين والبئر، ولا لمشترى حصته إن لم تؤخذ منه الأرض بالشفعة.

قال مالك: إذا أجره بثمرة نخلتين على إبار حائطه، فباع الأجير ثمرتها، فلا شفعة وهى [إجارة][1] فاسدة، وله أجر مثله.

فرع: فى الكتاب: لا شفعة فى رحا الماء وليس من البناء، بل هى حجر ملقى، فإن بيعت مع الأرض أو البيت الذى تنصب فيه، ففيه الشفعة دون الرحا، بحصة ذلك، أجراها الماء أو الدواب، وفى الحمام الشفعة؛ لأنها بناء، ولا شفعة فى بئر لا بياض لها، ولا نخل، وإن سقى بها زرع أو نخل، وكذلك النهر والعين، ولو أن لها أرضا أو نخلا لم يقسم، فباع حصته من النهر أو العين خاصة، ففيه الشفعة، بخلاف بيعه لمشاع البئر بعد قسم الأصل، أو الأرض؛ لانتفاء التبعية[2].

فى التنبيهات: يعنى بالرحا: المبنية وموضعها من الأرض؛ لأنه تبع لا شفعة فيهما.

قال أبو إسحاق: سواء العليا أو السفلى.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: الشفعة.

وقوله: «يشفع فى بيتها دونها إذا بيعت معه»: قيل: معناه: فى العليا؛ لأنها فى معنى الحجر الملقى، وأما السفلى فداخلة فى البنيان ومن جملة الأرض المشفوع فيها.

قال: وظاهر قوله خلاف هذا، وعدم الفرق بين العليا والسفلى عند من شفع وعند من لا يشفع؛ لأن أشهب الذى يرى فيها الشفعة يقول: هى كباب الدار ورقيق الحائط يحكم له بالاتصال وهو منفصل.

وقال أشهب: الشفعة فى الجميع كباب الدار وآلة الحائط بيعت مفردة أو مع الحائط، إلا أن ينصبوها فى غير أرضهم، فلا شفعة، وهى التى تجعل وسط الماء على غير أرض، وأما ما ردم حتى يتصل بالأرض، ففيه الشفعة؛ لأنه فى حكم الأرض.

وعن مالك: الشفعة فى الرحا إذا بيعت من أصلها، وفى كل ما هو فيها مبنى، فإن بيعت الحجارة وحدها فلا شفعة.

وعنه - أيضا -: يشفع فى البيت، وموضع الرحا، دون الحجارة، وإذا بيعت الدار وفيها مطاحين، إن كانت غير مبنية، اتفق الشيوخ أنها للبائع، أو مبنية، فالسفلى للمشترى، وفى العليا خلاف، وهو يبطل قول من جعلها كعرض ملقى.

قال بعض الشيوخ: الخلاف فيها مبنى على الخلاف فى شفعة ما لا ينقسم إلا بفساد كالحمام والآبار، وكذلك يختلف إذا بيع حجرها وهو مبنى، وكذلك الخلاف فى رقيق الحائط إذا بيع مفردًا، وقيل: لا خلاف فيه وإنما الخلاف إذا بيع الحائط.

وقال (ش): لا شفعة فى الطاحون إلا أن تكون أحجارا تقبل القسمة، وكذلك الحمام إلا أن يمكن قسمتها حمامين.

وأوجبها (ح) وإن لم تقبل [القسمة][1]؛ قياسا على ما يقبل.

قال ابن يونس: قال أشهب: رحا الماء والداوب سواء، إذا نصبا معا فيما يملكان، فإذا باع أحدهما نصيبه، ففيه الشفعة، وللشفيع فسخ البيع إلا أن يدعو البائع للقسم، فإن قاسم وصار موضع الرحا للبائع جاز البيع، أو لشريكه انتقض، والحمام أولى بالشفعة من الدار لما فى قسمتها من الضرر، قاله مالك وأصحابه

(١) سقط فى أ.

أجمعون.

وعنه: لا شفعة فى الحمام؛ لأنه لا يقسم.

قال سحنون: لا شفعة فى الأندر؛ قياسا على الأفنية، وخالفه ابن وهب؛ قياسا على غيره من الأرض.

قال صاحب المقدمات: فى شفعة ما لا ينقسم - كالنخلة، والشجرة - قولان: الثبوت لابن القاسم فى أحد قوليه، ولأشهب؛ لأنهما من جنس ما ينقسم.

والنفى لمطرف.

وعلى هذا اختلاف المتأخرين فى غلة الشفعة: فمن خصصها بما ينقسم، علل بضرر الشركة؛ لإمكان انفصالها بالقسمة، بل العلة ضرر القسمة؛ لأنها قد تنقص القيمة، وقد تحوج[1] إلى استحداث مرافق وأجرة القاسم.

ومن لم يخصص علل بالشركة، فإنها توجب توقف الشريك فى تصرفه على إذن الشريك، ولا ينتقض بالعروض لعدم تشاح الناس فى بيعها فينعدم الضرر بخلاف العقار.

وقال [(ح)][2]: الشفعة فيما لا ينقسم من العقار كالحمام، خلافا لـ (ش).

لنا: قوله - عليه السلام -: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ» وقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ» وقوله - عليه السلام -: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»[3] وقياسا لضرر الشِرك على ضرر القسمة.

ولأن الشفعة لما تعلقت بالعقار استوى فيه ما ينقسم وما لا ينقسم؛ كما أنها لما لم تتعلق بغيره استوى ما ينقسم وما لا ينقسم.

ولأن الشفعة فى العرصة[4] قبل البناء فتجب بعده؛ عملا بالاستصحاب.

(١) فى ط: تخرج.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٧) فى الشفعة: باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٢٢٥٨)، وأبو داود (٣/ ٢٨٦) فى البيوع: باب فى الشفعة (٣٥١٦)، وأخرجه النسائى (٧/ ٣٢٠) فى البيوع: باب ذكر الشفعة وأحكامها، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) فى كتاب الشفعة: باب الشفعة بالجوار (٢٤٩٥)، (٢٤٩٦)، وأحمد فى المسند (٤/ ٣٨٩ - ٣٩٠) (٦/ ١٠ - ٣٩٠)، والبيهقى (٦/ ١٠٥ - ١٠٦)، والطبرانى فى الكبير (١/ ٣٠٨) (٧/ ٣٨٢)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٣)، والطحاوى فى معانى الآثار (٤/ ١٢٣).
(٤) فى أ: فى العرض.

احتج بقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» وذلك فرع إمكان القسمة.

وبقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ»(١). والمشترى لم تطب نفسه.

وبقول عثمان - رضى الله عنه -: «لَا شُفْعَةَ فِي نَهَرٍ وَلَا نَخْلٍ». ولا مخالف له؛ فكان إجماعا.

وقياسا على النخلة الواحدة ولأن الشفعة إنما وجبت حيث يرتفع الضرر عن البائع، وههنا لا يقدر على أخذ الثمن من الشريك كما يريد، ولا من الأجنبى؛ لعلمه بأنه يؤخذ بالشفعة، ولا يتمكن من القسمة، بخلاف ما ينقسم يتمكن من القسمة.

ولأن الشفعة وجبت لضرر القسمة، وهذا لا ينقسم فلا شفعة.

والجواب عن الأول: أن هذا لم يقسم فتجب فيه الشفعة وهذا عندنا يقسم بالتراضى، إنما الذى لا ينقسم كالجريدة والنخلة التى تؤدى إلى إفساد، ولو تراضيا كانا شفيعين.

والجواب عن الثانى: أن عدة من الصحابة - رضى الله عنهم - خالفه.

والجواب عن الثالث: أن الشقص مال للشفيع؛ لقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ».

والجواب عن الرابع: الفرق أن النخلة لا تنقسم بالتراضى، بخلاف الحمام.

والجواب عن الخامس: أنه قائم فيما إذا كان ينقسم بمدافعة الشريك فى القسمة فيضطره للبيع بالبخس(٢)، أو كان الحاكم يرى الشفعة للجار.

والجواب عن السادس: أن سبب الشفعة ضرر الشركة وهو موجود.

ونقول(٣): الحكم معلل بعلتين فأيتهما وجدت ترتب الحكم.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتاع نخلا ليقلعها ثم ابتاع الأرض فأقر النخل، ثم استحق نصف جميع ذلك كله، أخذ نصف النخل والأرض بالشفعة بنصف ثمنها لا بالقيمة؛ لأنها كالصفقة الواحدة، فإن لم يشفع، خير المبتاع بين التمسك بالباقى؛ لتفريق

(١) تقدم.
(٢) فى أ: بالجنس.
(٣) فى أ: أو نقول.

الصفقة بالاستحقاق، وكذلك لو اشترى عرصة فيها بنيان على أن النقض لرب الدار، ثم اشترى النقض، أو اشتراه أولا ثم العرصة فالشفعة فى العرصة والنقض: العرصة بالثمن، والنقض بقيمته قائما؛ لكشف العيب[1] خلاف ما دخل عليه أولا، ويمتنع شراء بعض شقص شائع أو حصة من نخل على القلع إذا كان شريك البائع غائبا؛ لعجزهما عن القلع إلا بعد القسم، ويمتنع أن يقاسم البائع شريكه النخل ليقلعها إلا مع الأرض، ولو اشتريت نقض دار قائمة على القلع، ثم استحق نصف الدار، فلك رد بقية النقض؛ لتفريق الصفقة، ولا شفعة للمستحق؛ لأنه بيع على القلع [ولم تبع أنت][2]، ولو استحق جميع الأرض دون النقض، أو كانت نخلا بيعت للقلع، فاستحقت الأرض دون النخل - صح البيع فى النقض والنخل، وللمستحق أخذ ذلك من المبتاع بقيمته مقلوعا لا بالثمن ولا بالشفعة ولكن للضرر، فإن لم يأخذ أمر[3] المبتاع بقلعه.

قال صاحب التنبيهات: قوله: ابتاع نخلا ليقلعها، إلى قوله: أخذها بنصف الثمن، أمر سحنون بطرحها، واختلف فى «تأويل قوله» نصف الثمن: فقيل: نصف ثمن النخل، ونصف ثمن الأرض، وهو فى الموازية. وقال أشهب: الشفعة فى الأرض دون البناء والنخل.

وقال سحنون: يخير المستحق أولا، فإن أجاز بيع نصيبه ودفع الثمن، لم يكن للمشترى كلام، وإن أخذ ما استحق رجع المبتاع على البائع بنصف الثمن، وينظر إلى النخل، فإن تفاضل جنسها وقدرها، فسخ البيع فى نصف البائع؛ لأنه لما باع على القلع صار الثمن مجهولا لا يعرف ماذا يقع له فى القسم؛ لأن الأرض تقسم مع النخل فيقع فى نصيب كثير من النخل مع قليل من الأرض، فإن لم تختلف الأرض ولا النخل حتى تنقسم على الاعتدال، صح البيع فى نصف البائع، ويبدأ بالمشترى فى رد ما بيده أو حبسه فى قول أشهب، فإن حبس شفع فى الأرض والنخل بنصف الثمن.

وقال ابن القاسم: يبدأ بالشفيع، وقل أن توجد أرض ونباتها متفق.

---

(١) فى ط: الغيب.
(٢) فى أ: ولم يبع.
(٣) فى ط: أضر.

قال صاحب النكت: إنما أخذ النقض بقيمته؛ لأن مشتريه اشتراه على القطع لا على البقاء، والأرض قد خرجت عنه بالاستحقاق فلا سبيل إلى بقاء النقض، أما إذا تقدم شراء الأرض فما اشترى النقض إلا ليبقيه، فإذا استحق العرصة أخذ النقض بالقيمة قائما؛ كما لو أحدث المشترى هذا البناء؛ لأنه زاد فى ثمنه لأجل بقائه، ولو استحق نصف العرصة خاصة وقد اشترى النقض[(١)] أولا للقلع ثم العرصة، فإما يأخذ المستحق ما قابل ما استحق من الأنقاض بقيمته مقلوعا؛ كما إذا استحقت العرصة كلها يأخذ النقض بقيمته مقلوعا، والنصف الآخر الذى لم يستحق يأخذه بالثمن؛ لأنه أخذ شفعته؛ لأنه جعل شريكا فى الجملة بهذا المستحق.

قال التونسى: إذا اشترى أرضا بعبد فاستحق نصف الأرض، يبدأ بالشفيع، عند ابن القاسم، إن أخذ النصف الباقى بالشفعة، رجع بائع العبد بنصف قيمة العبد؛ لضرر الشركة، وكان مشترى العبد فوت نصفه لما أخذ من يديه نصف العبد لو لم يرد نصف المقابل للاستحقاق، وأضر بالشركة وغرم [نصف العبد مع أنه مجبور على أخذ نصف الأرض من يديه.

وعن مالك: إذا اشترى النقض][(٢)] ثم الأرض أو بالعكس، يأخذ النقض بقيمته قائما لا بالثمن؛ كما فى المدونة.

ولأشهب: لا شفعة فى النخل ولا فى النقض.

وفرق محمد: إن تقدم النقض، فالشفعة فى ذلك، أو تقدم الأرض، لا شفعة فى النقض وبالثمن أصح؛ لأنه كالصفقة الواحدة لما لحق بعضها بعضا، ولأن النقض إذا كان تقدم بأخذه بالقيمة يوجب الزيادة للمشترى، وإن تقدم الأرض زاد فى ثمن النقض، وقد لا تبلغ الزيادة قيمة النقض قائما، فإن أعطيناه القيمة قائما، انتفع الآخذ أيضا، فالأعدل الثمن، وفى كتاب محمد: إذا اشترى النخل على القلع، ثم الأرض فاستحق نصفها، فالشفعة فى الأرض خاصة، ويؤمر صاحب النخل بالقلع.

قال: وإن شاء أخذ نصف النخل بالشفعة ويترك نصف الأرض، فجعل الشفعة فيما لم يقدر على بقائه، بل يأخذه للقلع.

---

(١) فى ط: النقص.
(٢) سقط فى أ.

قال: وفيه نظر، وإنما شبهه بالنقض فيه الشفعة، ولا يملك بقاءه فى قاعة من لا يسكنها إلا برضاه، ويمتنع بيع نصف النخل على القلع دون الأرض المشتركة؛ لتعذر قسمة النخل إلا بالأرض، فيصير المبيع مجهولا إلا أن تستوى أجزاء الأرض وأفراد النخل.

وكذلك لو اشترى بناء الدار [ثم اشترى الدار][1] ثم استحق نصف الأرض والبناء، يفسخ بيع المشترى نصف الأرض؛ لتعذر وصوله لما اشتراه؛ لأنه إن قاسم البائع ومكنه من نصف النقض، فالنصف الذى هو للبائع قد صار يقل بجودة البناء أو يكثر بزيادة البناء فيصير[2] مجهولا إذ لا يضم إلا مع غيره، ولو أمكن مساواة البناء للقاعة صح كما فى الأرض.

وفى الكتاب: إذا اشترى النصف للقلع فاستحق نصف الأرض، فلمشترى النقض بقيمته مقلوعا أن يأمره بقلعه.

وأنكرها سحنون؛ لأن البائع إن كان غصب الأرض فأعطى الغاصب قيمة النقض منقوضا وانتقض شراء المشترى، وإن شاء سلمه للمشترى بنقضه، وإن كان البائع للنقض اشترى الأرض، أعطاه قيمة النقض قائما، وانتقض البيع فى النقض، ولا يقول المشترى: خذ هذه القيمة التى أخذها البائع منى كمن باع سلعة بمائة ثم باعها آخر بتسعين، ليس للأول أخذها بتسعين.

وإن قال مستحق الأرض: لا أعطيه قيمة البناء، أعطاه بائع النقض قيمة أرضه، ويجوز بيعه فى النقض قيمة أرضه، فإن امتنع كانا شريكين، وينتقض بيع المشترى فيما صار من نصف النقض لمستحق الأرض، ويجوز بيعه فيما صار لبائع النقض؛ لأنه صار كمشترى النقض مقلوعا ليشترى أكثر.

قال اللخمى: فى الثمار ثلاثة أقوال:

فيها الشفعة، بيعت مع الأصل أو مفردة، كان الشفيع شريكا فى الأصل أم لا، لمالك.

ولا شفعة فيها مطلقا، بيعت مع الأصل أو مفردة، لعبد الملك.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: فما يصير.

وفيها إن بيعت مع الأصل، وإلا فلا، لأشهب.

مبنية على أنها محل ضرورة كالعرايا، أو هى منقولة كالعروض، أو ينظر تبعيتها[1] فى العقد لما فيه الشفعة، فإن باع نصيبه من الثمرة، والحائط من أجنبى، استشفع الشفيع فيهما، فإن سلم ثم باع أحد الشريكين نصيبه أو من الثمار مفردة، ثم باع بعد ذلك أحد الشريكين فى الثمرة نصيبه: فالشفعة - على قول ابن القاسم - لشريكه فى الثمرة لم يكن باع.

وعلى قول أشهب: لشريكه فى الثمرة؛ لأنه معه كأهل سهم:

فإن سلم فلمن له الأصل، وإن باع من له الأصل نصيبه من الثمرة، فالشفعة للذين اشتروا الثمرة، وإن باع نصيبه من الأصل والثمرة فالشفعة، ولا يقول: مشترى الأصل يأخذ الجميع أو يترك الجميع، ولا يعض على الصفقة؛ لأنه لا شركة لها فى الأصل، وكذلك إن ساقى[2] أحدهما نصيبه فى الحائط، فلشريكه الشفعة، فإن لم يأخذ ثم باع أخذ المساقى نصيبه بعد الطيب، فللشريك الشفعة، فإن سلم فهى لصاحب الأصل، فإن باع صاحب الأصل فالشفعة للمساقاة.

وقال محمد: إذا ساقى أحدهما نصيبه لا شفعة للشريك.

وعن مالك: إذا ساقى حائطه للعامل الربع فباع رب الحائط نصيبه من الثمرة بعد طيبها - للمساقى الشفعة؛ لأنه شريك، وكل من له شريك شافعه.

قال صاحب المقدمات: لا خلاف فى الشفعة فى النقض إذا بيع مع الأصل؛ لأنه تبع له، فإن بيع ثم طرأ استحقاق يوجب الشركة، أو باع أحد الشريكين نصيبه منه دون الأصل، وهو متساوى الصفة، يجوز فيه البيع؛ لوجوب قسمته مع الأصل - ففى الشفعة فيه قولان من «المدونة».

وكذلك النقض القائم والعرصة لغيرهما فباع أحدهما فالخلاف كذلك إن أبى صاحب العرصة أن يأخذه؛ لأنه مبدأ عليه، لا لأنه شفيع، بل لنفى الضرر.

واختلف ههنا ممن يأخذ رب العرصة [النقض؟ وبما يأخذه؟

فقيل: من المبتاع بقيمته مقلوعًا.

---

(١) فى ط: تبيعتها.
(٢) فى أ: سافر.

وقيل: بالثمن.

وقيل: بالأقل][1] منهما.

وقيل: بالقيمة من البائع مقلوعا، أو بالأقل منهما، ويفسخ البيع بينه وبين المبتاع فيرجع على البائع[2] بالثمن الذى دفع إليه، وكل ذلك قد تأول على المدونة، والأظهر منها: الأخذ من البائع بالأقل منهما، والأظهر فى القياس: الأخذ من المبتاع بالقيمة مقلوعا، وهذا كله على القول بجواز بيع النقض قائما على القلع، وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة، خلافا لأشهب، وسحنون.

وفى شراء النقض[3] على الهدم، أو النخل على القلع وشفعتهما مسائل ستة:

المسألة الأولى: شراء النخل على القلع ثم تستحق الأرض:

ففى الكتاب: للمستحق أخذ النخل من المبتاع بقيمتها مقلوعة؛ للضرر لا للشفعة.

وعلى القول بمنع البيع: يفسخ وترجع لبائعها ولا يأخذها المستحق.

المسألة الثانية: شراء النخل على القلع، ثم شراء الأرض فيستحقها رجل، رجع المبتاع على البائع بثمن الأرض المستحقة، ثم الحكم بين مبتاع النخل والمستحق فى النقض، على ما تقدم.

المسألة الثالثة: تشترى الأرض أولا ثم الأنقاض فتستحق الأرض، فللمستحق أخذ النقض بقيمته قائما عند ابن القاسم؛ لأنه زاد فى ثمن النقض ليبقيه فى أرضه.

وينبغى على هذا: إن امتنع من دفع القيمة قائما، أن للمشترى إعطاء قيمة الأرض بَرَاحا، فإن أبى اشتركا.

وينبغى على مذهب سحنون: إن كان البائع غصب، فللمستحق دفع قيمة النقض منقوضا، وينتقض البيع بينه وبين المشترى فيرجع عليه بالثمن، فإن أبى مضى النقض للمشترى بشرائه، والمستحق للأرض على حقه، فإن لم يتفقا فى ذلك على شىء، بيعت الدار وقسم الثمن على قيمة النقض قائما وقيمة العرصة براحا، [وإن

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: المبتاع.

(٣) فى ط: النقص.

كان بائع النقض مشتريا، دفع المستحق قيمة النقض، وانتقض البيع، فإن امتنع، دفع له البائع قيمة العرصة براحا][1]، وإن لم يتفقا على ما يجوز بيعت الدار وقسم الثمن فى القيم، فإن امتنعا من ذلك اشتركا، وانتقض البيع فيما صار من النقض للمستحق، ومضى فيما صار منه للبائع.

المسألة الرابعة: يشترى النخل أولا على القلع، ثم الأرض، فيستحق نصف الأرض والنخل.

المسألة الخامسة: يشترى الأرض، ثم النخل، فيستحق نصف الأرض والنخل، فثلاثة أقوال:

لا شفعة فى النخل، قاله أشهب، وابن القاسم فى المدونة فى أحد قوليه.

وفيها الشفعة لابن القاسم فى المدونة.

والشفعة فيها، إن اشتراها قبل الأرض، ولا شفعة إن تقدمت الأرض، قاله محمد.

الثانى: يأخذ المستحق نصف الأرض، ونصف النخل شفعة بنصف الثمن، وله أخذ نصف الأرض، ويقلع المبتاع النخل فى المسألة الرابعة، ويبقى على حقه فيها فى المسألة الخامسة إذا لم يشترها على القلع، وله أخذ النخل وترك الأرض، وعلى الأول: فاختلف: هل يأخذها بالقيمة لنفى الضرر؟ قولان، وإذا قلنا بأخذها، فالقيمة قائما فى المسألتين، على ما فى بعض روايات المدونة. وعلى قياس قول عبد الحق الذى حكاه: لا يأخذ إلا بالقيمة إلا فى المسألة الخامسة.

المسألة السادسة: يشترى النخل خاصة على القلع فيستحق نصف الأرض والنخل، انتقض البيع فيما بقى بيد المشترى من النخل؛ لأنه لا يقدر على ما اشتراه إلا بمقاسمة البائع لمستحق الأرض مع النخل، وإذا قاسمه قد يقل ما يحصل له بجودة الأرض فيصير المتمسك به مجهولا، على أن ابن القاسم قال فى المدونة: إذا اشترى نقض دار على القلع، ثم استحق نصف الدار - له رد ما بقى.

وظاهر قوله: أن له التمسك، وفيه نظر إلا أن يريد النقض والأرض المستويين.

فرع: قال: واختلف قول مالك فى الشفعة فى الزرع، ولا فرق عند من رأى فيه

---

(١) سقط فى أ.

الشفعة، أن يباع دون الأصل إذا حل بيعه، أو مع الأصل بعد النبات، أو قبل النبات.

وقيل: ما لا ينبت لا شفعة؛ لعدم حصته من الثمن؛ كالثمرة التى لم تؤبر، والخلاف فى شفعته فى المدونة، لتعليله عدم الشفعة بامتناع بيعه حتى ييبس، فعلى هذا: فيه الشفعة إذا بيع قبل اليبس على مذهب من يجيز ذلك من العلماء، ومن يرى من أصحابنا العقد فوتا أو إذا بيع الأصل، وعلى هذا الخلاف يترتب طروء[1] الشفيع على الأرض المبذورة قبل طلوع البذر أو بعد طلوعه، فإن طرأ قبل الطلوع، فثلاثة أحوال:

إن كان المبتاع هو الباذر، فيأخذها الشفيع، ويبقى البذر لباذره على قول من يجرى أخذ الشفعة مجرى الاستحقاق.

وعلى قول من يجريه مجرى البيع، يمتنع الاستشفاع إلا بعد طلوع البذر.

وقيل: يأخذه بقيمة البذر والعمل.

وقيل: بقيمته على الرجاء والخوف؛ كالسقى والعلاج فى الثمرة، وإن كان الباذر البائع، أخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول فى الزرع الشفعة، وعلى القول الآخر بما ينوبها من الثمن، إذا أجرى أخذ الشفعة مجرى الاستحقاق، وعلى قول من يجريه مجرى البيع: لا يأخذ حتى يبرز الزرع، وإن كان غيرهما الباذر، أخذ الأرض بالشفعة بجميع الثمن دون البذر، فإن طرأ بعد النبات فالثلاثة الأحوال[2]، غير أن الوجهين من الثلاثة أوجه؛ ليستوى الحكم فيهما أن يبذر المبتاع أو الأجنبى فيشفع فى الأرض دون الزرع بجميع الثمن على القول بالشفعة فى الزرع، ويأخذ الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن، على القول بعدم الشفعة فى الزرع، وإن طرأ الشفيع بعد يبس الزرع، فلا شفعة، ويأخذ الأرض بجميع الثمن إذا كان البذر للمبتاع أو للأجنبى، وإن كان للبائع أخذ الأرض بما ينوبها من الثمن.

وأما طروء[3] المستحق: فإن استحق الأرض والزرع، مثل: أن يزرع الرجل أرضه فيبيعها غيره، فيخير بين إجازة البيع أو يأخذهما، وإن استحق الأرض فقط،

(١) فى ط: طرو.
(٢) فى أ: أحوال.
(٣) فى ط: طرو.

فثلاثة أحوال:

إن كان البذر للمستحق منه وهو غاصب، فحكمه حكم الغاصب، وإن لم يكن غاصبا فلا شيء للمستحق فى الزرع ولا له قلعه، وإنما له الكراء، إن لم يفت الإبان.

وإن بذر أجنبى بوجه شرعى، فهو له، ويأخذ المستحق أرضه، وله على الزارع الكراء إن كان أكثر منه، وإن كان الغاصب هو الذى أكرى منه فله الكراء - أيضا - إن لم يفت الإبان، وإن فات الإبان، جرى على الخلاف فى غلة الأرض المغصوبة.

وإن كان الباذر البائع، فيأخذ المستحق أرضه، وينفسخ البيع فى الزرع، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على البائع.

وفى الموازية يبقى الزرع للمبتاع وهو بعيد، فهذا القول فى طروء[1] كل واحد منفردًا وهو يغنى عن القول فى اجتماعهما.

فرع: قال صاحب النوادر: إن اشترى الأرض أولا ثم النخل، فلا شفعة إلا فى الأرض؛ لأن النخل بيعت، ولا حق للبائع فى الأرض؛ كما إذا باع نصيبه من النخل دون العين والبئر ورقيق الحائط، ثم باع نصيبه من ذلك، فلا شفعة فيه.

فرع: قال: قال فى الموازية: إن اشترى أرضًا بزرعها، فاستحقت الأرض والزرع أخضر - فالشفعة فى الأرض دون الزرع، ويفض الثمن عليها.

ثم قال: فإن استحق نصفها، شفع، بل ليس له أن يأخذها إلا بزرعها، فإن كره المشترى بقية الصفقة لكثرة المستحق:

قال ابن القاسم: يبدأ بتخيير الشفيع، فإن لم يشفع خير المشترى فى الرد ويبدأ أشهب بالمشترى.

وحجة ابن القاسم: أنه ليس بيع خيار، بل بتل وجبت فيه الشفعة، فهو كعيب يرضى به الشفيع، فهو المبدأ.

وأنكر سحنون قول أشهب فى الزرع، وقال بقول ابن القاسم: أنه لا شفعة فى الزرع.

قال سحنون: بخلاف رقيق الحائط والبئر وآلاته، تباع مع الحائط؛ لأن هذه

---

(١) فى ط: طرو.

صلاح للحائط، والبناء صلاح للدار، والزرع لا تقوم به الأرض.

وفى الموازية: إن اشتراها قبل ظهور زرعها، فهو كغير المأبور من الثمار، يشفعها بالثمن والنفقة، فإن لم يقم حتى ظهر، صار كمأبور الثمار، يأخذها بثمرها، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: يأخذها(١) دون الثمرة؛ لأن الشفعة بيع، ومأبور الثمار للبائع، ويأخذ النخل أو(٢) الأرض وحدها بجميع الثمن بعد وضع قيمة الطلع، وقيمة البذر على غرره.

ولو اشتراها بزرعها الأخضر و(٣)الزرع بعدها فاستحق نصف الأرض، فسخ عن المبتاع نصف ثمن الزرع والأرض، وبقى البائع شريكا فى الزرع، والمستحق شريكا فى الأرض.

فإن شفع نصف الأرض، انفسخ بقية الزرع، وصار كله للبائع، وعلى البائع الكراء فى النصف المستحق من الأرض.

وقال سحنون: تنفسخ الصفقة؛ لجمعها حلالا وحراما؛ لبقاء نصف الزرع الأخضر بلا أرض.

فرع: قال: قال أشهب: لا شفعة فى جريد النخل وسعفها؛ لأنه لا يصلح بيعه قبل إبان قطعه.

فرع: قال: قال محمد: إذا اشترى أصولا فيها ثمر مؤبر بغير ثمرها جاز شراء(٤) الثمر قبل طيبها، وكأنهما صفقة واحدة، وشفع فيهما الشريك، وليس له أخذ أحدهما دون الآخر.

فإن اشترى النصف من الأصول، ثم نصف الثمر بعد طيبها، له إشفاع أحدهما، وكليهما.

فإن اشتراهما بعد الطيب فى صفقة واحدة، فلا يأخذهما إلا جميعا؛ كقول ابن القاسم فى الجائحة إذا اشتراهما بعد الطيب فى صفقة لا جائحة فيهما.

---

(١) فى أ: يأخذ ما.
(٢) فى ط: و.
(٣) فى أ: أو.
(٤) فى ط: شراؤه.

وإن اشترى الأصل ثم الثمرة، ففيها الجائحة عنده.

وإن اشتراها بعد طيبها بعد شراء الأصل أو معه، فلا جائحة.

قال أشهب: لو باعا حائطهما وفيه ثمرة، ثم باع أحدهما نصيبه منها، فلا شفعة؛ لعدم شركتهما فى الأرض.

قال محمد: ولو اشترى ثمرة قبل زهوها، ثم اشترى الرقاب بعد طيب الثمرة - فالشفعة فى الأصول فقط، ويفسخ بيع الثمرة وترد؛ لأنها إنما فاتت بالطيب فى نخل البائع، ولو جذها المبتاع يابسة أو رطبة ردها، أو مثلها إن فاتت، أو قيمتها يوم الجذاذ إن جهلت المكيلة.

ولو اشترى الأصول قبل طيب الثمرة، فطيبها فى الشجر فوت؛ لأنها فاتت فى نخل المبتاع، ويرد قيمتها يوم العقد فى الأصول، ويومئذ تجب فيها الشفعة بالقيمة، وفى الأصول بالثمن؛ لأن الثمرة إنما وجبت بملكه الأصل، فهى كصفقة واحدة، وليس فى المسألة الأولى شفعة؛ لطيبها فى يد البائع.

فرع: قال: قال ابن القاسم: المقاثى كالأصول فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة بخلاف البقول.

فرع: قال: قال مالك: لا شفعة فى الدين إلا لضرورة عداوة أو نحوها؛ كالمكاتب.

وعنه: حسن أن تكون له مطلقا، ولا يقضى به إذا بيع من الكتابة ما يعتق به المكاتب، فهو أحق به، وأما بيع الشريك نصيبه من الكتابة لا يشفع الآخر ولا المكاتب؛ لأنه لا يعتق به.

فرع: قال صاحب المقدمات: واختلف فى الشفعة فى الكراء إذا انفرد عن بيع الأرض لا يتصور الخلاف فى غير ذلك؛ كما أن الخلاف فى رقيق الحائط إنما هو إذا بيع مع الأصل، أما وحده، فلا شفعة اتفاقا.

قال صاحب النوادر: الروايتان فى الكراء رواهما ابن القاسم عن مالك.

قال أشهب: إن أحب الشريك سلم شفعته، وقاسمه السكنى، وله طلب قسمة الدار، فإن وقع نصيب المكرى على غيره هو، خير المكترى فى الفسخ، وذلك إذا دفع له أقل من النصف فى الانتفاع لا فى القيمة، وإلا فلا حجة له.

والذى أخذ به ابن القاسم: أن فى الكراء الشفعة، والدور والمزارع سواء.

وقال أشهب: إذا أكرى أحد المكتريين نصيبه، فلصاحبه الشفعة، وعهدته على المكترى من صاحبه، ثم عهدتهما على رب الدار، ولو أكرى أحد المكتريين نصيبه من رب الدار أو من مكتر منه، ثم أقاله من مصابته، فلشريكه الشفعة على رب الدار المستقيل.

قال محمد: بل تؤخذ من المكترى الذى أقال؛ كالإقالة فى الشراء، وإذا أكريا - يعنى الشريكين - دارهما، أو ساقيا نخلهما من رجلين، فأكرى أحدهما نصيبه، أو كلاهما الأرض والدار، أو ساقى أحدهما النخل من غيرهما - فليس لصاحبى الأصل شفعة فى كراء ولا سقاء، ولا لأحدهما كان شائعا أو مقسوما، ولو أن أحد المكتريين أو المساقيين ساقى أو أكرى، فلشريكه الشفعة، وليس صاحب الأصل أحق من الشريك فى الكراء، فإن سلم، فلصاحب الأصل شفعة المساقاة؛ لشركتهما فى الثمن، ولا شركة لهما فى الكراء، ولو ساقى أحد الشريكين حصته، شفع الآخر عند ابن القاسم دون أشهب، ولو أكريت نصف دارك مشاعا، ثم أكرى المكترى غيره، أو ساقى فى النخل، فلك الشفعة، ولو أكرى شيئا بعينه أو ساقى، فلا شفعة لك، ولو ساقيت نصف نخلك من رجلين، فساقى(١) أحدهما رجلا، فشريكه أولى؛ كأهل سهام الميراث، فإن سلم فلك؛ كما لو بعتهما فباع أحدهما، فشريكه المبتاع معه أولى منه(٢)، فإن سلم فلك الشفعة.

فرع: قال: والماء فيه الشفعة - اتفاقًا - إذا بيع شقص منه مع الأصل أو دونه، ولم يقسم الأرض، واختلف إذا قسمت:

ففى المدونة: لا شفعة فيه.

وعن ابن القاسم: فيه الشفعة.

فقال سحنون: ليس باختلاف، بل محمل المدونة: على أنها بئر واحدة لا شفعة فيها، ويريد ابن القاسم آبارا؛ لأنها تقسم.

وقال ابن لبابة: بل معنى المدونة: بئر لا فناء لها ولا أرض، ومعنى قول ابن القاسم: لها فناء وأرض مشتركة فيها قِلْد.

---

(١) فى أ: فأقر.
(٢) فى أ: منك.

وقيل: اختلاف قول على الاختلاف فيما لا ينقسم.

فرع: قال: واختلف فى الشركة التى يوجبها الحكم، هل تجب الشفعة؟

قيل: تجب لها قبل تقرر حكمها.

فعن مالك: لا شفعة.

وقال أشهب: فيها الشفعة.

فسئل مالك: إذا أعطى فى خيف من واد خمسين ومائة قفيز، بين كل قفيزين عشرة أذرع، ثم أكرى بعض أهل ذلك الخيف، فهل للمعطى شفعة فيما باعوا؟ فقال: لا، فقيل: إنهم لم يجوزوه للمعطى، ولم يقسموه، ولم يسموه فى أى جهة هو من الحائط - أعلاه أو أسفله -، فقال: لا شفعة إذا قسموا له أذرعا مسماة.

وقال أشهب: هذا شريك بأذرعه؛ كالشريك بنخلات.

وقد نزلت هذه المسألة للفقيه أبى القاسم أصبغ بن محمد فى قرية توفى صاحبها فابتاع من بعض ورثته نصيبه، وقد باع موروثهم قبل موته مبذر زوجين مشاعا فطلبه بالشفعة، فأفتى بعدم الشفعة، وهو النظر والقياس، وأفتى القاضى بالبلد بالشفعة، ولما بينا له الوجه، رجع وأفتى بفساد البيع فى الزوجين على الوجه المذكور؛ للجهل بمبلغ أرض القرية، وهو غير صحيح؛ لأن المشترى لا يزيد بزيادة القرية ولا ينقص بنقصها، بل يكفى العلم بكريم الأرض وخسيسها، ولم تكن له شفعة؛ لأن الشفيع - وهو الشريك - يشارك فيما يطرأ على الأرض من ضمان هلاك أو غصب أو استحقاق، ومشترى مبذر الزوجين ليس شريكا فى القرية، بل هوكمبتاع ثوب من ثياب ولم يعينه، ولا اشترط الخيار، وإن كان عند التشاح تكسر جميع أرض القرية فيأخذ مبذر الزوجين حيث ما وقع بالقرية، ولو غصب منها شىء أو وهب، أخذ المبتاع المبيع مما بقى ويشارك البائع بقدر ذلك إلا أن يأتى أحدهما ويريد رد البيع؛ لأن المبتاع يقول: المستحق أفضل فلا أرضى آخذ من الباقى، ويقول البائع: الباقى أفضل فلا أرضى آخذك منه.

فرع: فى النوادر: قال مالك: إذا بقيت بعد القسم فباع أحدهم نصيبه من البيوت والعرصة فلا شفعة فى العرصة، بها ولا فيها؛ لأنها بقيت لانتفاع عام لا للشركة - وقال (ش) - رحمه الله - : الشفعة فى العقار وما يتصل به من بناء أو غرس، دون

المنقولات؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِى رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»(١).

قال (ش): وإذا بيع الغرس أو البناء مع الأصل، أو ناعورة أو دولاب، أخذ الجميع؛ لأنه بيع، وإن بيع الغرس والبناء وحده، فلا شفعة فيه؛ لأنه منقول.

واختلف قوله فى النخل إذا بيعت مع قرارها دون ما يتخللها من البياض، قياسًا على بيعها مع البياض، أو قياسا على بيعها وحدها.

وقال: وإذا بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة على الشجر، لا تشفع مع الأصل، بل الأرض والشجر بحصتهما.

وأثبتها (ح) لاتصالها بالمشفوع؛ كما قلناه.

وقال (ح): لا شفعة فى المنقولات إلا فى البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة.

الركن الثالث: المأخوذ منه

وفى الجواهر: المأخوذ منه: كل من تجدد ملكه اللازم باختياره، وفى اشتراط المعاوضة فى التجديد روايتان، ثمرتهما: ثبوتها فى الصدقة والهبة.

وقيد «التجدد»: احتراز من رجلين اشتريا دارا معا، فلا شفعة لأحدهما، «واللازم»: احتراز من بيع الخيار، وقيد «الاختيار» احتراز من الإرث.

فرع: وفى الكتاب: لا تؤخذ من المشترى شراء فاسدا؛ لأن عقده يفسخ، ولو أخذ بالشفعة يفسخ أيضا؛ لأن الشفيع تنزل منزلة المشترى، وكذلك لو باعه المشترى بيعا فاسدا إلا أن يفوت بما تقدم فى البيوع فلا يرد، وتجب القيمة، ويشفع بتلك القيمة؛ لتقرر ملك المشترى بها، فإن فات ببناء زاده المبتاع، فعلى الشفيع قيمة ما أنفق المشترى؛ لئلا يذهب ماله مجانا.

وإن تهدمت لم ينقض الشفيع شيئا؛ لأنه شىء لم ينتفع به المشترى، ولا ضرر على الشفيع؛ لأنه مخير.

وإن فاتت بالبيع الصحيح، أخذ بثمن ذلك البيع الصحيح، ويتراد(٢) الأولان القيمة؛ لأنها التى تقررت، ولا يأخذ بالبيع الفاسد؛ لأنه يزول البيع الصحيح، ويبقى الفاسد بغير فوت.

---

(١) أخرجه البزار عن جابر بن عبد الله كما فى تلخيص الحبير (٣/ ١٢٣) و قال: سنده جيد وله شاهد من حديث أبى هريرة أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٠٩) وسنده ضعيف.
(٢) فى أ: ويتراءان.

فإن كان بنى وهدم، فله الأخذ بالثمن الصحيح، وبالقيمة فى الفاسد، إن لم تفت بهذا، فإن تراد المتبايعان القيمة بعد البيع الثانى، فله الأخذ بالقيمة التى ترادها بقضاء أو بغير قضاء، أو بالثمن؛ لأن مبتاع الصحة لو رد ذلك لعيب بعد تراد الأولين القيمة لم يكن للمبتاع الأول ردها على البائع بيعا فاسدا؛ لصحته بأخذ القيمة، ولكن يرد بالعيب ويأخذ القيمة التى دفعها(١).

قال صاحب النكت: إذا أخذ بالبيع الفاسد ففات عنده، فعليه الأقل من قيمته يوم قبضه المشترى، أو يوم قبضه هو؛ لأن أخذه كان فاسدا.

وقال أبو محمد: إذا ولاه فى البيع الفاسد باشتراط [السلف](٢) على المشترى فينبغى - على قول ابن القاسم - إذا فاتت بيد المشترى الأول، أن عليه الأقل من قيمتها أو الثمن، وإن فاتت بيد الأول: فإن كان إنما ولاه على نحو ما كما هو عليه من البيع والسلف، لزم المولى ما يلزم المبتاع وهو الأول، وإن ولاه بالثمن - وهو مائة مثلا - وسكت عن السلف، ففاتت بيدالمولى، وقيمتها يوم البيع الأول بلا سلف خمسون، وبالسلف ستون - فعلى المبتاع الثانى قيمتها يوم قبضها من الأول، إلا أن تكون أقل من خمسين فلا ينتقص أو أكثر من الثمن.

قال بعض القرويين: إذا سكت عن السلف فأخذها الثانى بالثمن يخير الثانى، فإن ردها على الأول، خير الأول بين إسقاط السلف والتمسك بالبيع؛ لأن الأول اشترى على أن يسلف، والثانى كذب فى الثمن لما لم يذكر السلف.

فإن فاتت عند المشترى قبل العلم بها، فعليه الأقل من قيمتها أو المائة، هذا الذى فى الكتاب.

وقول أبى محمد فى قيمة السلعة بالسلف، لا يفيد هذه القيمة شيئا؛ لأنه إنما جعل عليه القيمة إلا أن تكون أقل من قيمتها بلا سلف فلا ينقص، أو أكثر(٣) فلا يغرم، فصارت القيمة بالسلف ملغاة فهو معيب من كلام أبى محمد، وأما باقى كلامه فيمكن صحته.

قال ابن يونس فى الموازية: إن لم يفسخ بيع الشفعةحتى فات بين الشفيع بما

(١) فى ط: دفع.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: كثر.

يفوت به الربع فى البيع الفاسد، رجع البائع على المشترى بقيمته يوم قبضه، ولزم الشفيع ما لزم المشترى من تلك القيمة إلا أن تكون أكثر مما أخذ به.

قال بعض القرويين: إن فات بيد المشترى أخذه بالقيمة، فإن لم يعلم وأخذه بالبيع الفاسد، رد، إلا أن يفوت عند الشفيع، فعليه الأقل من قيمته يوم قبضه هو، أو القيمة التى وجبت على المشترى؛ لعجزه عن رده بفواته عنده.

فإن قال: لا آخذ بالشفعة، رد قيمة ما نقص.

ولو أخذ قبل الفوات ففات عنده، فعليه الأقل؛ كما تقدم، وهو خلاف ما تقدم لمحمد.

قال: وهذا أبين؛ لأن الشفعة كالشراء، فإذا فاتت لزمت القيمة يوم القبض، فإن كانت أكثر قال: آخذ بما لزم المشترى.

قال محمد: وليس للشفيع الأخذ بعد الفوت إلا بعد معرفة القيمة اللازمة للمشترى وإلا فسد الأخذ؛ كالجهل بالثمن.

قال سحنون: كيف يكون للمشترى الأول ردها بالعيب على البائع الأول، والبيع الأول قد انتقض ووجبت فيه القيمة لفوته، وإنما يجب عليه الرجوع بفضل ما بين القيمتين صحيحة ومعيبة، فيصير على المشترى غرم قيمة ما فات فى يديه ولا رد له، كما قالوا: إذا تعدى على دابة فضلت، فغرم قيمتها بعد أن وصفها وحلف، ثم وجدت على خلاف ما وصف - ليس لربها أخذها بل تمام القيمة. قال اللخمى:

قال ابن القاسم: لا يفوت الربع بحوالة سوق فى البيع الفاسد، ولا شفعة.

وقال أشهب: فوات، وفيه الشفعة؛ قياسا على غيره.

وإذا أخذ قبل الفوت وفات عنده:

قال محمد: يلزم الشفيع ما يلزم المشترى إلا أن يكون أكثر مما أخذ به المشترى، فيخير بين رد الشفعة أو التمسك بتلك القيمة، ويسقط الأخذ [بالشفعة ويكون عليه بقيمته يوم قبضه؛ لئلا يقبض صحيحًا ويرد غيره، وإن أخذ][1] بثمن صحيح وجهل الفاسد[2]، خير بين التمسك بذلك الثمن فيكون بيعا حادثا، وبين

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: الفساد.

الرد، وإن لم يعلم حتى فات عنده، فعليه الأقل من القيمة؛ لأنها ثمنه أو الثمن الذى أخذ به المشترى.

فرع: قال اللخمى: إذا أوصى أن يباع من فلان بكذا فلم يقبل فلان، فلا شفعة؛ لعدم الانتقال، وكذلك: اشهدوا أنى بعته بكذا إن قبل، فلم يقبل:

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا أوصى بثلث داره يباع فبيع لا شفعة للورثة كأن موروثهم باعه.

فرع: قال ابن يونس: اختلف قول مالك فى هبة غير الثواب(١)، ولم يختلف قوله فى عدم الشفعة فى الميراث فقاسها مرة على الميراث؛ بجامع عدم العوض، ومرة على البيع؛ بجامع نفى الضرر، خلافا لـ (ش وح).

لنا: ظواهر النصوص المتقدمة.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَعْرِضَهُ عَلَى شَرِيكِهِ فَإِذَا بَاعَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ»(٢) فعلق حق الشفعة بالبيع.

وقياسا على الإرث.

ولأن الضرر فى صورة النزاع عظيم بإبطال التمليك بغير عوض فيبطل مقصود الواهب، بخلاف البيع.

والجواب عن الأول: القول بالموجب؛ لأن عمومه يوجب الشفعة فى الهبة.

والجواب عن الثانى: أن الوارث غير مختار فلم يتهم فى الضرر بخلاف الموهوب.

والجواب عن الثالث: لا ضرر على الموهوب؛ لأن الشفيع - عندنا - يعطيه القيمة فيدفع الضرر.

فرع: فى الكتاب: لا شفعة فى بيع الخيار حتى يتم البيع، وقاله (ح)، وأحمد، خلافا لـ (ش)، احتج بأن الخيار حق للمشترى أو البائع، والشفيع مقدم عليهما(٣).

وجوابه: أن المبيع فى زمن الخيار على ملك البائع، فلم يتحقق الانتقال الذى

---

(١) فى أ: أثواب.
(٢) تقدم.
(٣) فى ط: عليها.

تترتب عليه الشفعة، وهذه قاعدة مختلف فيها: هل الملك فى زمن الخيار للبائع أو المشترى؟ فالخلاف فى الشفعة مبنى عليه.

قال التونسى: إن باع بالخيار فباع الثانى بيع بَتٍّ، إن رضى مشترى الخيار الشراء، كان له الشفعة على مشترى البت، كأن بيع الخيار لم يزل ماضيا قبل بيع البت، قال: ولا يقال: يلزم أن يكون للمشترى الخيار على بائع البت؛ لأنا نقول: إذا جعلنا الأول كأنه لم يزل كان كمن باع الشفعة، أو يكون ابن القاسم فرع ههنا على القول بأن من باع شفعته بعد وجوب الشفعة سقطت، وفيه قولان.

وقال أشهب: يجعل بيع الخيار كأنه إنما أمضى يوم اختار المشترى إنفاذه، فصار مشترى الخيار قد وجبت له الشفعة فى بيع البتل قبل أن يبيع، فليس بيعه بالذى يسقط شفعته.

وقال مطرف: إذا باع نصف دار بالخيار لأحدهما، ثم باع باقيها بيع بتل: فإن اختار رب الخيار تنفيذ البيع وهو المبتاع، شفع مشترى البتل، فإن رد البيع، فلا يشفعه البائع الأول؛ لأنه الذى باع.

قال اللخمى: قال بعض الناس: تجب الشفعة إذا كان الخيار للمشترى؛ لأن البيع انعقد من جهة البائع بخلاف الخيار للبائع، وإذا باع أحدهما نصيبه بالخيار، وباع الآخر نصيبه بتلا – فالشفعة لمشترى الخيار على مشترى البتل، عند ابن القاسم.

وقال غيره: لمشترى البتل على مشترى الخيار، هذا فى المشتريين، واختلف فى البائعين: فقيل:

لا شفعة لهما؛ لأن كل واحد باع ما يشفع به.

وقيل: هى لمن باع بتلا على مشترى الخيار؛ لأن بيعه تأخر.

فهذا على القول: أن بيع الخيار إذا أمضى كأنه لم يزل منعقدا من يوم العقد، وعلى القول الآخر: يشفع بائع الخيار من بائع البتل؛ لأنه إنما يراعى يوم التمام.

والقياس: عدم الشفعة كبيع ما يشفع به.

وفى الجواهر: اختلف فى بيع الخيار إذا أمضى، هل يعد ماضيا [من][1] حين عقده أو من حين إمضائه؟ وعلى هذا يتركب الخلاف فيمن باع نصف دار بالخيار،

(١) سقط فى أ.

ثم باعَ النصف الآخر بتلا، هل الشفعة لذا ولذاك[1]؟ واختلف فى بيع الحصة التى يشفع بها، هل تسقط حق الشفعة أم لا؟ وعلى الأول: هل يسقط الاستشفاع فى بعض الحصة المشتراة ببيع بعض الحصة المستشفع بها؟ خلاف، وتتركب على الخلاف فى مسألة الخيار مسألة بيع الحصة.

والخلاف فى فروع: إذا باع حصته بيع خيار، ثم باع الآخر بتلا، ففى تعين الشفيع أربعة أقوال مبنية على أصول الخلاف المتقدم؛ لأنا إذا فرعنا على أن بيع الحصة المستشفع بها يسقط الشفعة، انحصرت الشفعة لمن ابتاع فى هذه الصورة، ثم هل هو مبتاع الخيار أو البتل؟ خلاف على الخلاف فى إمضاء بيع الخيار؛ كما تقدم، وإن فرعنا على أن بيعها لا يسقط، فالشفعة لمن باع، وفى تعيين بائع الخيار أو البتل قولان - أيضا - على الخلاف فى إمضاء بيع الخيار، هل يقدر من حين الإمضاء، أو من حين العقد؟

فرع مرتب:

فى النوادر: وفى الموازية: إذا سلم شفعته قبل تمام الخيار، له القيام إذا تم الخيار.

فرع: قال ابن يونس: قال محمد: إذا بعت[2] فباع المشترى منك لغيرك، لك الأخذ؛ لأنك قد لا ترضى بالشريك الثانى بخلاف الأول.

فرع: فى الكتاب: لا تجوز هبة الوصى شقص اليتيم إلا لنظر، كبيعه لربعه لغبطة فى الثمن، أو لأن غلته لا تكفيه، أو لوجه نظر؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وفيه الشفعة، وقاله (ش) بجامع نفى الضرر، وهبة المكاتب والمأذون على العوض تجوز بلا محاباة؛ لقدرتهما على التصرف، وفيه الشفعة.

فرع: قال: الشفعة فى الغياض والآجام وإن كانت الأرض بينهما.

فائدة: فى التنبيهات: الغياض والآجام: الشجر الملتف، أو القصب، ونحوه.

فرع: قال: ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة؛ لأن بيع أحدهما يلزم

(١) فى ط: ولذلك.
(٢) فى ط: بيعت.

الآخر، بخلاف المتقارضين إذا اشترى العامل شقصا هو شفيعه أخذ، ولا يمنعه رب المال، وإذا كان رب المال الشفيع أخذ.

وفى التنبيهات: قال سحنون: إذا أخذ العامل، فعهدته على رب المال فى مال القراض.

قال اللخمى: قيل: لا شفعة للعامل، قال: وهو أبين، إذا قال: اشتريت للقراض، وهو عالم بوجوب الشفعة للشريك؛ لأن ذلك إقرار منه أنه قصد الربح[1]، والشفعة لا ربح فيها فهو خلاف ما أقر به، وإن جهل فأعلم بعد الشراء، حلف وأخذ.

وإن قال: قصدت بالشراء نفسى وتعديت على المال، كان لصاحب المال أن يباع له ويأخذ جزءا من ربحه، وهذا حكم كل من أخذ مالا ليتجر فيه لصاحبه فتعدى وتجر فيه لنفسه - أن الربح لصاحب المال إلا أن يكون بيع فيه ربح أو خسارة، فيترك ولا يباع؛ لعدم الحاجة لتعيين مقدار الربح.

قال صاحب النكت: إنما لم يكن للمقارض عهدة على رب المال إنما أذن له فى جر المنافع إليه، وهذا ليس فيه منفعة؛ لأنه يأخذ سلعته بثمنها، ولا عهدة لرب المال على العامل؛ لأن العهدة فى الأصل على المال المقترض، والمال لصاحب مال القراض، فلا عهدة له.

قال ابن يونس: إنما قال فى الكتاب ما وقع؛ لأن مالكا قال: إذا اشتريت ما أنت شفيعه مع أحد، ضربت بالشفعة بقدر نصيبك قبل الشراء، ولا تضرب بما اشتريت.

وقال أشهب: عهدة كل واحد من المقارض، ورب المال على البائع.

وقال (ش): للعامل أخذ ما بيع فى شركة مال القراض؛ لأنه مالك لما اشترى بمال القراض، فإن لم يأخذ فلرب المال الأخذ.

قال: فإن اشترى بمال القراض شقصا فى شركة رب المال، لا أخذ له؛ كما لو اشتراه وكيله. وقال (ح): له الأخذ؛ لأن للعامل حقا فأشبه الأجنبى.

فرع: قال ابن يونس: وفى المدونة: إن ادعيت سدس دار فأنكر، وصالحك على شقص دفعه إليك من دار له - فالشفعة فى الدار التى لا دعوى فيها؛ لأن قابضه مقر

(١) فى ط: الريح.

أنه اشتراه ودفع فى ثمنه السدس المدعى فيه، ولا شفعة فى الشقص المدعى فيه؛ لأن قابضه يقول: إنما أخذت حقى وافتديته بما دفعته فيه ولم أشتره.

قال أبو محمد: ولو كان الصلح على إقرار، كانت الشفعة فى الشقص، فلو صالحته منه على عرض[1] أو دراهم على إقرار، فيه الشفعة بقيمة العرض. وقيل: الدراهم، أو على إنكار، فلا شفعة؛ لعدم تحقق انتقال الملك.

وفى التنبيهات: قوله فى الكتاب: فى المصالح فى دعوى فى سدس دار، تقيد الشفعة فى المناقلة - على إحدى الروايات - فى منع ذلك على أى وجه؛ كالمتعاوض، كان المتناقلان شريكين فى الأصل أو فى أحدهما أو لا، إذ لو لم يكن عنده هنا بينهما شفعة، لكان من حجة دافع السدس أن يقول: لم أبع أصلا إلا بأصل لا بثمن، فلا شفعة علىّ فيما أخذت فيه، وقد قيل فى هذا الباب كله: لا شفعة، كان ما ناقله به فيه شرك مع المشترى أو غيره، وهى رواية ابن القاسم إذا قصد المناقلة والسكنى دون البيع.

وعن مالك: المناقلة التى لا شفعة فيها بيع حصته من شريكه بأصل آخر منه فيه شرك أيضا ليوسع حظه بما صار له من حظ شريكه، فلا تكون المناقلة على هذا إلا بشرط شركتهما فى الأصلين المتناقل بهما، وهو بين فى عدم الشفعة.

وقال مطرف: لا شفعة إذا كانت شركة من جهة واحدة فى البيع الواحد، فتسقط فى الجهة التى أخذ من شريكه ليوسع به فى منزله دون ما دفع.

فرع: فى الكتاب: إذا أعمرت على عوض فسد؛ لأنها إجارة مجهولة المنافع، ولا شفعة، ويرد المعمر الدار، وإن استغلها رد غلتها وعليه أجرة سكناها؛ لأن ضمانها من ربها، ويأخذ عوضه.

قال ابن يونس: قال محمد: الصواب: الغلة للمستغل.

وفى الكتاب: قال بعض القرويين: معنى يرد غلتها، أى: كراء مغل الدار، وأما الغلة فلا، وقول محمد ليس خلافا للمدونة حينئذ.

فرع: فى الكتاب: لا شفعة لمن له حمل على جدار إذا بيع؛ لأنه غير شريك، ولا لصاحب علو على سفل، ولا لصاحب سفل على علو؛ لعدم الشركة.

---

(١) فى ط: عوض.

وقال (ش): إذا باع أحد شركاء العلو، والسقف لصاحب السفل - فلا شفعة؛ لأنه بناء مجدد، وإن كان السقف للعلو، لا شفعة لصاحب السفل؛ لأنه مجاور لا شريك، وهل لشركاء العلو؛ لأن السقف على ملكهم، أو لا تثبت؛ لأنه ليس أرضا؟ وجهان لهم.

فرع: فى الكتاب: لا شفعة فى أرض العنوة؛ لعدم الملك، بل هى وقف للمسلمين، ولا يجوز بيعها، وإن بيعت أرض الصلح على أن الخراج على الذمى[1]، جاز، وفيها الشفعة؛ لأنهم مالكو الأرض، فإن شرط على المبتاع المسلم امتنع؛ لأن بإسلام الذمى ينقطع الخراج عن الأرض فهو مجهول وغرر.

فرع: قال: إن اشترى بعبد مغصوب، فلا يأخذ الشفيع حتى يفوت العبد، فيأخذ بقيمة العبد يوم العقد؛ لأنها المتعينة ثمنا حينئذ، ولو اشترى بدراهم مغصوبة صح الشراء؛ لأنها لا تتعين، وأخذت الشفعة، وعلى الغاصب مثلها، وإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع ببينة أخذها ورجع البائع على المبتاع بمثلها.

وفى التنبيهات: قوله هنا دليل على شراء ما اشترى بالثمن الحرام، على ما قاله ابن سحنون وغيره.

وفرق ابن عبدوس بين علم البائع وجهله؛ لأنه إذا علم به رضى بدفع سلعته بغير ثمن أوبثمن معيب.

قال اللخمى: إذا غصب عبدا فاشترى به فقام الشفيع وهو قائم، أو بعد تغير سوقه أو تغيره فى نفسه بزيادة أو نقص - فلا شفعة لحق البائع وحق المشترى: أما المشترى؛ فلأن صاحب العبد إن لم يجد يؤخذ الشقص أو يجيز فعله بكتب العهدة؛ وأما البائع فيقول: إن لم يجز العبد أخذت الشقص، وكل هذا يمكن مع وجود عين العبد، أما إذا تغير، فالشفعة بالقيمة يوم العقد؛ لأن ربه لا يختاره حينئذ، ولربه أكثر القيمتين يوم الغصب أو يوم الشراء الذى يؤخذ من الشفيع.

وفى النوادر: إذا ابتاع بحنطة شقصا فأخذه الشفيع بمثلها ثم استحقت الحنطة الأولى:

قال ابن القاسم: يرجع على بائعه بمثلها.

(١) فى ط: الذى.

قال محمد: وهذا غلط، بل يرجع بقيمة شقصه، ولو لم يؤخذ بالشفعة لأخذه بعينه، وقد قال مالك فيمن ابتاع حنطة بعينها فاستحقت: أنه لا يرجع بمثلها.

قال ابن القاسم: فإن اشترى بعبد قيمته ألفان شقصا قيمته ألف، فأخذه الشفيع بقيمة العبد، ثم استحق العبد - رجع البائع بقيمة شقصه، ولو كان قيمة العبد ألفا وقيمة الشقص ألفين ثم استحق العبد - رجع البائع بقيمة شقصه، ولا رجوع للشفيع، ولا عليه شيء، وقاله محمد.

وقال عبد الملك: إن كانت قيمة الشقص أكثر، له الاستشفاع بذلك، وله الرد، أو أقل رجع الشفيع بما بقى له، وقاله سحنون.

قال محمد: إذا غصب عبدا فاشترى به، لا شفعة له حتى يفوت بالموت، ولا تفيته العيوب؛ لأن لربه أخذه معيبا، وكذلك لو اشترى العبد ولم يعلم بالغصب حتى ابتاع به الشقص.

قال سحنون: ليس هذا جواب ابن القاسم فى الغصب، وإنما ينظر:

فإن كان مشترى العبد عالما بغصبه ثم أجاز ربه البيع، ثبتت الشفعة، وإلا انفسخ البيع.

وإن لم يعلم أو علم فى قيام الشفيع، فإن كان رب العبد قريب الغيبة، انتظر حتى يقدم فيجيز، أو بعيدها فللمبتاع فسخ البيع، وإن لم يقم حتى أخذ الشفيع، مضت الشفعة.

فرع: فى النكت: قال بعض القرويين فى الحائط بين الدارين لرجلين، والحائط - خاصة - مشترك، فباع أحدهما داره بحقوقها، فدخل الحائط فى الشراء - فلشريكه الشفعة فيه، تقوم الدار بغير اشتراط الحائط، ويقوم الحائط فيأخذه بحصته من الثمن؛ كما إذا بيع ما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه.

فرع: فى الكتاب: إذا باع أحد الشريكين نصفها معيبا قبل القسم بغير أمر شريكه ثم قدم شريكه: إن أجاز البيع، وإلا أخذ حصته وباقيه بالشفعة، ودفع نصف الثمن.

قيل: أفلا يقاسم الذى لم يبع شريكه الذى باع، فإن وقع النصف المبيع فى حصة البائع مضى عليه بثمنه؟ قال: لا، بل يفعل ما تقدم.

قال ابن يونس: قال مالك: إن شاء لم يجز بيع حصته وأخذها وسلم وأخذ الشفعة وقاسم شريكه بقية الدار، ويخير المبتاع فى التمسك أو الرد فترجع الدار بين

الشريكين كما كانت، وإن شاء جعل بيع شريكه قسمة وأمضى ذلك ولا شفعة وإن شاء فسخ بيع شريكه كله وقاسمه؛ لأنه يقول: أدخل البائع على مقاسمة بعض الدار دون بعض إذ لم آخذ بالشفعة ولم أرض شركة من باع منه، وله أن يقول: أنا أقاسم هذا، ثم أقاسمك أيها الشريك، فأؤدى أجرة القاسم مرتين، وهو ضرر، ولكن أفسخ وأقاسمك مرة واحدة، وقد تكون تنقسم اثنين ولا تنقسم أربعة إلا بضرر.

وقال سحنون: إذا لم يجز بيع نصيبه ولا جاز بيع نصيب شريكه ولا أخذ بالشفعة، فليس له فسخ البيع حتى يقاسم شريكه البائع الدار نصفين، فإن وقع ما باع فى سهم البائع، نفذ البيع وإلا انتقض، وكذلك قال أشهب فى بيع أحدهما بيتا من الدار بعينه، أو بيع حصته من فحل النخل، ولا سلم ولا أخذ بالشفعة ولا سلم بيع نصيب شريكه كما باع، فلا يفسخ حتى يقاسمه شريكه؛ لأن فحل النخل ينقسم معها، و [قد](١) يقع فى القسم لأحدهما.

قال أشهب: وأما لو باع نصيبه من حصة الدار فله - إذا(٢) امتنع بما ذكرنا - الفسخ قبل المقاسمة؛ لأن العرصة لا تنقسم إلا بالتراضى، وبيع الشريك نصيبه قسمة، فإن رضى شريكه نفذه له، وإن شاء أخذه بالشفعة، وإن شاء فسخ بيعه.

قال أشهب: وبيعه لنصيبه من بئر الأرض أو غلتها فليس للآخر فسخ، إنما له الشفعة أو تركها، وبيعه جائز؛ لأنها لا تنقسم مع الحائط ولا تصير فى أحد النصفين بل تترك بعد القسمة يقسم ماؤها بالقلد، وأما إن باع أحدهما شرب يوم أو أقل، فلصاحبه الشفعة إن أجاز بيعه، وله رد بيعه إن كانت الأرض تحتاج للبئر؛ لأنه ليس فى يومين أو ثلاثة ماء يقسموا فيه الأرض، فيبقى فى ذلك شرب من ماء هذا خاصة.

وفى النوادر: قال عبد الملك، ومطرف: إذا باع نصيبه من الأرض معينا وفى شركائه حاضر أو غائب أو صغير، أو المبتاع يظن أنه باعه حقه وحده، فلم يحدث فيه(٣) شيئا حتى قام الحاضر، وقدم الغائب، وكبر الصغير، فإن قام الحاضر بحدثان البيع قبل انقطاع حجته بطول حيازتها - فالكل سواء يخيرون فى الإجازة، وأخذ

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فلهذا.
(٣) فى أ: فيها.

الثمن، أو الرد، ويأخذون عوضها فيما بقى من الأرض المشتركة، ويك
الشريك فيما باع؛ لأنه على ذلك باع، وإن شاءوا أخذوا نصيبهم من المبيع
ما بقى، فإن بنى المبتاع العرصة أو طالت حيازته بمحضر الشركاء الحضور،
لهم على المبتاع، وكلامهم مع البائع، فإن اعترف أن حقهم فى المبيع، -
الإمضاء أو أخذ نصيبهم من الأرض؛ كما تقدم.

وإن قال: ما بعت ذلك من الأرض حتى صار لى دونكم، حلف، وانقط
فى المبيع، وكانوا على حقهم فيما بقى من الأرض، وأما الغيب والصغار
فى الثلاثة الأوجه[1] المتقدمة:

أخذ نصيبهم وقد بنى، أو يعطون قيمة نصيبهم من البنيان قائما لبنيانه بش
أخذ ما بقى بالشفعة من حظ البائع وحظ الحاضر الذى انقطعت حجته ويؤدو
بناؤه فى عرصتهم.

وعن ابن القاسم: إذا باع فدانا من أرض مشتركة أو بقعة فى أرض لر
شرك بحضرة الشريك وعلمه، فبنى، وغرس - سقطت الشفعة، بخا
الشائع؛ لأن سكوته فى المعين رضا بالبيع؛ كما لو باع ثوبا بينهما.

وكذلك كل من بيع عليه شىء من ماله وهو حاضر لا ينكر، لزمه البيع،
شائعا نفذ البيع وشفع.

قال اللخمى: إذا باع أحدهما حصته معينة، خير شريكه فى خمسة أو
أن يضمنها المشترى ويبيع له ما بيع، أو يكون ما لم يبع مشتركا بينهما
البيع فى المبيع، أو يكون الثمن بينهما، أو يرد البيع فى نصيبه ولا يستش
يستشفع، أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صار المبيع للبائع، مضى البيع، أو
فى إجازة البيع فى نصيبه، وكان للمشترى رد البيع فى الباقى إلا أن يكون
يسيرا، فإن قال البائع: يبقى ما لم يبع شركة ونتساوى فى المبيع لكن نتقاس
ذلك لى أو لك:

فقيل: لا مقال له، والمبدأ الشريك الذى لم يبع، حسبما تقدم.

وقيل: له. وهو أحسن؛ لأن كون ما لم يبع شركة، الضرر[2] عليه، وإن

(١) فى ط: أوجه.

(٢) فى ط: ضرر.

أن يكون ذلك على وجه المقاسمة، فإما رضى بإمضاء ذلك أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة.

فرع: قال ابن القصار: لا شفعة للجار، وقاله (ش)، وابن حنبل، وأوجبها (ح) للجار بالشركة فى الطريق المشتركة فى الدرب الذى لا ينفذ للأقرب فالأقرب، ويقدم شريك الملك على الكل.

لنا: قوله – عليه السلام –: «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شِرْكٍ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[1].

والمبتدأ يجب انحصاره فى الخبر، فتنحصر الشركة فى الربع والحائط، دون الطريق.

ولقوله – عليه السلام – فى الموطأ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»[2].

ويدل من وجوه:

الأول: حصر الشفعة فيما هو قابل للطرق والحدود، والجار لا يقسم.

الثانى: قوله: «فإذا وقعت الحدود»، والطرق ليس شأنها أن تعمل فيها حدود.

الثالث: قوله: «وصرفت الطرق»، والطريق لا يوضع فيها طرق.

وقياسا على الجار الذى داره قبالة الدار المبيعة، وبينهما طريق نافذ.

ولأن ذلك ضرر على البائع بأن يبيع الجار بما أراد وإلا أخذ بالشفعة، فيتوقف المشترى الأجنبى فلا يتخلص من ضرر الجار أصلا، بخلاف الشريك يتخلص منه بالقسمة.

ولأنها وجبت لضرر القسمة، والجار لا يقاسم.

احتج بقوله – عليه السلام –: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»[3] وبقوله – عليه السلام –: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ جَارِهِ أَوْ بِالأَرْضِ»[4] وبقوله – عليه السلام –: «الْجَارُ أَحَقُّ

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) أخرجه أحمد (٥/ ٨ – ١٢) وأبو داود (٣/ ٧٨٧) حديث (٣٥١٧)، والترمذى (٣/ ٦٥٠) (١٣٦٧)، وابن الجارود (٢١٧) (٦٤٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٣)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١٠٦).
وفى ط: الجار والأرض.

بِالشُّفْعَةِ، وَيُنتظَرُ بِهَا ثَلَاثًا - وَإِنْ كَانَ غَائِبًا - إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ وَاحِدًا»[١] خرج هذه الأحاديث أبو داود وغيره.

وروى محمد بن الحسن: «الخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[٢] والخليط: هو الشريك، فيتعين أن يكون الشفيع الجار.

وقال عمر بن شريك: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، أَرْضٌ لَا شَرِيكَ لِيَ فيهَا ولا قِسْمَةَ إِلّا الجوار، فقال - عليه السلام -: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ»[٣] وبالقياس على الشريك؛ بجامع الضرر.

والجواب عن الأول: أن الصقب: القرب. ونحن نقول بموجبه؛ لأنه أحق بمعونته والعرض عليه قبل البيع، فلم قلتم: إن ذلك هو الشفعة؟

وعن الثانى[٤]: أنه محمول على العرض؛ لأنه متروك الظاهر إجماعا.

وعن الثالث[٥]: منع الصحة.

سلمناه[٦]، لكنه محمول على العرض عليه قبل البيع، بدليل قوله: «ينتظر بها ثلاثا»، والشفيع الغائب لا يتقيد بالثلاث، ولأن الشريك يسمى جارا؛ لمخالطته بملكه، ومنه تسمية الزوجة جارة؛ كقول الأعشى:

أجارتنا بينى فإنك طالقة ... كذلك أمر الناس عاد وطارقة

فهو لم يسمها جارة لقربها، فيلحق بها الجار، بل للمخالطة، فإنها تسمى جارة وإن بعدت دارها.

وعن الرابع[٧]: منع الصحة.

سلمنا صحته، لكنه محمول على العرض فنقول بموجبه، وليس فى اللفظ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٦) فى كتاب البيوع: باب فى الشفعة (٣٥١٨)، وأخرجه الترمذى (٣/ ٦٥١) فى الأحكام: باب ما جاء فى الشفعة للغائب (١٣٦٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) فى كتاب الشفعة: باب الشفعة بالجوار (٢٤٩٤)، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٠٣)، والدارمى (٢/ ٢٧٣) فى البيوع: باب فى الشفعة.

(٢) قال الحافظ فى الدراية (٢/ ٢٠٣): لم أجده.

(٣) تقدم.

(٤) فى ط: والجواب عن الثانى.

(٥) فى ط: والجواب عن الثالث.

(٦) فى ط: سلمناها.

(٧) فى ط: والجواب عن الرابع.

ما يقتضى غيره.

وعن الخامس[(١)]: الفرق بأن الشريك يمكن التخلص من ضرره بالقسمة.

الركن الرابع: ما به الأخذ

وفى الكتاب: بعت نصف دار وعرض، يأخذ[(٢)] نصف الدار بحصته من الثمن من قيمة العرض يوم الصفقة، تغيرت الدار بسكناه أم لا؛ لأن الأصل: بقاء حقه فى شفعة الشقص.

وقال (ش وح): إذا بيع شقص وعرض، أخذ الشقص بحصته من الثمن.

قال صاحب النكت: لا يجوز الأخذ إلا بعد معرفة حصته من الثمن؛ لئلا يكون شراء مجهول، فإن فعل مع الجهل، فسخ واستأنف الأخذ.

قال التونسى: انظر إذا كان الشقص الجل هل له رد العرض؛ لأن الأخذ كالاستحقاق عند ابن القاسم؟ وأما إن جعلناه كالبيع فلا رد.

قال محمد: كل ما بيع مع الشقص مما لا شفعة فيه، لم يجز الأخذ قبل معرفة الثمن، وأما دواب الحائط وعبيده، فذلك كبعضه إلا أن يضاف إليه يوم الصفقة، وقد كان أخرج منه قبل ذلك فيفض الثمن ولا شفعة فيه.

قال مالك، وابن القاسم، وأشهب فى شقص وبعير بعبد، والبعير الثلث من الشقص يوم البيع - أخذ بثلثى قيمة العبد، أو شقص وقمح بدنانير: فلا بد من تقويم القمح والشقص، فيأخذ الشقص بحصته؛ لأن المشترى دخل على تفريق الصفقة حيث جمعهما، فلا يمنع الشفيع من الأخذ بخلاف أشقاص شفيعها واحد، فالتفريق من جهة الشفيع.

فرع: فى الكتاب: إذا كان الثمن عبدا معينا فمات بيد البائع قبل دفعه، ضمنه البائع ويأخذ الشفيع بقيمة العبد وعهدته على المبتاع؛ لأن الشفعة وجبت بعقد البيع، فإن وجد بالعبد عيبا، رده وأخذ من المبتاع قيمة الشقص؛ لتعذره بنفوذ الشفعة، بخلاف البيع الفاسد الذى تبطل فيه الشفعة؛ لتعذر الرضا به بخلاف العيب، ولو استحق العبد قبل قيام الشفيع، بطل البيع والشفعة؛ لبطلان [أحد][(٣)] أركانه وهو

(١) فى ط: والجواب عن الخامس.
(٢) فى ط: بأخذ.
(٣) سقط فى ط.

العوض، أو بعد أخذ الشفيع، نفذ، ورجع البائع على المبتاع بقيمة الشقص، كانت أكثر مما أخذ فيه من الشفيع أو أقل، ولا تراجع بينه وبين الشفيع كبيع ثان.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: ينتقض ما بين الشفيع والمشترى شقص ما بيد البائع والمشترى، ثم إن شاء الشفيع أخذ، ثم يجعل بيد البائع مما تراجعا إليه، ويترك، وإن كانت قيمة الشقص أكثر، له الأخذ بها، أو أقل، رجع الشفيع بما بقى.

مثاله: قيمة العبد خمسون أخذ بها الشفيع، فلما استحق رجع البائع بقيمة شقصه ستين، فلا تراجع بينهما[1] عند ابن القاسم؛ للفوت بأخذ الشفيع، وكذلك لو كانت قيمة الشقص [أربعين، وعبد الملك يخير الشفيع بين أداء عشرة - تمام الشقص - أو ردّ الشقص][2]، وإن كانت قيمة الشقص أربعين، استرجع عشرة لكشف الغيب أن قيمته هى ثمنه، فبها يجب أن يأخذ الشفيع.

قال اللخمى: إن تغير الشقص بزيادة أو نقصان مما يرد به، رجع البائع على المشترى بقيمته، وكانت الشفعة للشفيع بمثل تلك القيمة، وإن استحق العبد أو رده بعيب بعد الإشفاع وقبل الفوت بين المشترى والشفيع؛ لأنه لا يرد الشقص، واختلف بماذا يشفع؟

فعند ابن القاسم: بقيمة العبد، كما لو كان قائما بيد مشتريه لم يرده؛ لأن الأخذ بيع حادث.

وقال عبد الملك، وسحنون: بقيمة الشقص؛ لأن القيمة عادت ثمنا، وهى التى وزن المشترى، وكذلك لو كان البيع بطعام فاستحق أو رد بعيب بعد الأخذ، يرجع البائع بقيمة شقصه، وتبقى الشفعة على قول ابن القاسم بمثل القمح، وعلى قول عبد الملك بقيمة الشقص، وهو أحسن.

وإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد[3]، خير الشفيع بين الأخذ والتسليم؛ كمن أخذ بثمن ثم تبين أنه أكثر.

وفى التنبيهات: قال فى الكتاب: من اشترى شقصا بحنطة فاستحقت بعد أخذ البيع، لم يرد البيع، والتزم له مثل طعامه أو قبل الأخذ، فلا شفعة، كذا رواه

---

(١) فى ط: بينهم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: والعبد.

جماعة.

ورواه ابن وضاح: يغرم له قيمة الشقص، وكذا أصلحها سحنون وقال: الرواية الأولى غلط.

وقال القابسى: قوله: «ويغرم له مثل طعامه»: يرجع على الشفيع لا على المشترى، وعلى هذا لا يحتاج إلى إصلاح.

قال صاحب المقدمات: إن باع من شريكه أو أجنبى بشقص من أصل له فيه شركاء، أو لا شركة له فيه:

فمذهب ابن القاسم وروايته: الشفعة.

وعن مالك: إذا علم أنه إذا أراد المناقلة والسكنى ولم يرد به البيع، لا شفعة.

وقال مطرف: المناقلة التى قال مالك: «لا شفعة فيها»: أن بيع شقصه من شريكه بشقص من أصل له فيه شريك، فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسعة فى حظه بما صار إليه، فعلى هذا: المناقلة إنما تكون فى هذا الوجه.

وعن مطرف: إذا باع أحدهما شقصه من شريكه بشقص من أصل له مع شريك آخر، لا شفعة لهذا الشريك الآخر فى هذا الشقص؛ لأنه لم يقصد البيع بل التوسع فى حظه.

وعلى قول مطرف هذا: لو كانت دار بين ثلاثة فباع أحدهم حظه من شريكه بأصل، فلا شفعة للشريك الثالث؛ لأنه لم يرد البيع بل التوسعة فداء أصله، تكون المناقلة المختلف فيها فى ثلاثة وجوه، وأصله متى وجدت أحد المتعاملين فى الأصول قد أخذ من صاحبه شقصا فما له فيه شقص فى المناقلة التى لا شفعة فيها.

وعلى تأويل مطرف، عن مالك: أن المعاملة فى الأصول لا تكون مناقلة حتى يأخذ كل واحد من صاحبه شقصا فيما له فيه شقص.

وعلى ظاهر ما روى عن مالك: أن المعاملة فى الأصول كيفما وقعت، فهى مناقلة، فلا شفعة، فيحصل فى تعيين المناقلة التى لا شفعة فيها ثلاثة أقوال.

فرع: فى الكتاب: إذا باع قيمته ألف بألف وشقص قيمته ألف، فالشفعة بنصف قيمة العبد؛ لأنه مقتضى العقد.

وقال (ش): يأخذ بمثل الثمن، إن كان مثليا، وإلا بقيمته يوم البيع، أو لزومه في الخيار، وإن كان أجره أخذ بمثل تلك الشفعة.

قال: وفى الخلع تميز المثل.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب للثواب أو تصدق به على عوض، أو وصى به على عوض - فهو بيع فيه الشفعة بقيمة العوض إن سماه، وهو متقدم، أو مثله مقدارا وصفة إن كانت عينا أو طعاما أو غيره، كانت الهبة قبل الواهب أو دفعها، وإن وهبه لما يرجوه ولم يسمه، فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض، ليتحقق البيع، وإن تغيرت فى بدنها، قضى على الموهوب بقيمتها يوم قبضها، فيأخذ الشفيع حينئذ بالقيمة المقضى بها؛ لأنه الثمن ههنا، فلو أثابه بعد تغيرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع، لم يشفع إلا بذلك؛ كالثمن الغالى، وإنما يهب الناس ليثابوا أكثر.

فى التنبيهات: قال بعض الشيوخ: ليس هذا على أصله إلا أن يكون عوضا معينا، والذى يجب فى غير المعين أن يشفع بمثل العوض، وقاله أبو عمران.

وقوله: إذا سمى فللشفيع الشفعة.

وفى كتاب «الهبات»: لا يأخذ حتى يثاب، سمى أم لا، فقيل هو خلاف، وقيل: وفاق.

قال التونسى: إن أثابه قبل الفوت أكثر من القيمة، اتفق ابن القاسم وأشهب أنه لا يأخذ إلا بالجميع مع أنه كان قادرا على أن يعطيه القيمة، ولا يقدر الواهب على الامتناع عندهما.

واختلف إذا فاتت فأثابه أكثر من قيمتها:

قال ابن القاسم: لا يأخذ إلا بالجميع، وسواء بين فوتها وقيامها.

وقال أشهب: بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة؛ لأنه عنده كالواهب للزائد على قيمة الهبة.

وإذا قال أشهب: إن له قبل الفوت القيام بالقيمة ولا كلام للواهب، وجب ألا يفترق قيامها وفواتها إلا على مذهب من يرى أن الهبة إذا لم تفت لم تلزم الواهب قيمتها، وأنه على هبته ما لم يرض منها، فعلى هذا لا يأخذ إلا بجميع ما أثابه قبل الفوت؛ لأن الموهوب لا يجبر على أخذها إلا بما دفع، وإن فاتت استشفع بالأقل؛ لأنه لا يلزم فى الحكم بعد الفوت إلا القيمة، [والزائد هبة.

وقال ابن يونس: إذا فاتت فوتًا يوجب القمة][(١)].

---

(١) سقط فى ط.

قال ابن القاسم وعبد الملك: لا يشفع حتى يدفع الثواب ويقضى به ويعرف.

قال عبد الملك: إذ لعله يقول: لم أرد ثوابا، ولا أسمع قول الشفيع: إنك أردت إبطال شفعتى، وإذا رؤى أنه قبض الثواب وكتمه، أحلفه.

وفى الكتاب: إذا وهب لغير ثواب فعوض عنه.

فقيل: إن رأى أن الهبة كانت لصلة أو صدقة، فلا شفعة؛ لأن العوض كهبة أخرى.

قال محمد: ولو أثابه شقصا فى دار، لم يشفع فيه؛ لأنه هبة أخرى لغير فوات له، لدفعه لما لا يلزمه.

قال صاحب النوادر: قال ابن القاسم: إذا تصدق على أخته بشقص؛ لأنه أخذ من ميراثها ما لا يصلح مقداره - لا شفعة؛ لعدم معرفة الذى وهب لأجله.

قال سحنون: لو كانت تدعيه فصالحها، يشفع بالقيمة، وإن لم يسم ما أصاب من الميراث.

وعن ابن القاسم: إن وهب دارا فاستحق نصفها وشفع المستحق، فجميع الثمن للواهب، ولو وهب شقصا اشتراه فأخذه الشفيع من الموهوب، فله الثمن - عند ابن القاسم - إذا كان يعلم أن له شفيعا.

وقال أشهب: الثمن للواهب فى الشفعة والاستحقاق.

قال محمد: وهو أحب إلينا؛ لأنه بالبيع الأول يأخذه، فهو يفسخ ما بعده.

قال الأبهرى: قال مالك: إذا وهب أو تصدق على بعض إخوانه صغارا ووهب لقرابة بينهم صلة، لم يحلف أبو الموهوب له، وإن لم تكن الهبة لقرابة ولا صدقة ولا لحاجة، حلف، فإن كان بينهم إخاء أو صداقة، ولا قرابة بينهم:

فإن ظن أنه إنما وهب للثواب؛ لأنه محتاج وهم أغنياء - أحلف.

وإن كان لم يهب للثواب، وكان مستغنيا عن ثوابهم، لم يحلف.

ومتى كان الولد كبيرا، لم يحلف الأب بل الولد؛ لأنه القابل للهبة والمطلع عليها.

وضابط هذه المسألة: النظر إلى قرائن الأحوال، والغالب على الحال، وليس الذى هو دين لغيره.

وقال (ش): الشفعة فى هبة الثواب دون غير الثواب، ولا يشترط التقابض؛ قياسا

على البيع.

والفرق عندنا: تعين الثمن فأمكن الأخذ به، بخلاف الثواب ووافقنا (ح)؛ ولأن عدم اللزوم فيها يلحقها ببيع الخيار.

فرع: فى الكتاب: إذا دفعه فى خلع أو نكاح أو دم عمد، أخذ بالقيمة؛ لتعذر الثمن، أو دم خطأ، فبالدية؛ لأنها مقررة، فإن كانت العاقلة أهل إبل، فبقيمة الإبل، أو أهل ورق أو[1] ذهب فبذهب أو ورق ينجم على الشفيع كما ينجم على العاقلة.

قال صاحب التنبيهات: قوله: أخذ بقيمة الإبل، قال سحنون: معناه: تقوم الإبل على أن تقبض فى آجالها، وقبض القيمة الآن نقدا.

وقيل: متى حلت سنة قوم ثلث الإبل حينئذ وقبض.

واعترضه سحنون بأنه يبيع الدين بالدين.

وعن سحنون - أيضا -: تؤخذ بمثل الإبل على آجالها لا بقيمتها؛ لأنها أسنان معلومة.

وقال سحنون: إن كانت الدية عينا، قومت بالعرض الذى قومت به.

وعلى قول ابن القاسم، وأشهب: بل تشفع بالعرض الذى قومت به.

وعلى قول ابن القاسم، وأشهب: يشفع بمثل العين، ولا يقوم، إن كان عديما، إلا بحميل ثقة؛ كما قال فيمن اشترى بالدين يشفع فيه، فإن لم يأت بحميل ثقة:

فعلى قوله فى كتاب محمد: لا يشفع.

وعلى قول ابن نافع: يشفع ما لم ينقض الأجل.

وقال فى الكتاب: لا أرى الصلح على القذف لأن الحدود التى هى فيه إذا بلغت السلطان لا يعفى عنها، ولا يصلح فيها الصلح على مال [إذا] انتهى بها للسلطان.

قال صاحب التنبيهات: قال سحنون: بل يجوز الصلح.

قال فضل: ويكون فيه الشفعة قبل انتهائه على أحد الأقوال فى جواز العفو بعد البلوغ إلى السلطان.

قال حمديس: لا فرق بين حقوق بدنه وعرضه، وإن منعت مكارم الأخلاق من ثمن العرض.

---

(١) فى ط: و.

وقال أشهب: الحدود التى لا يشرع فيها الصلح هى التى لا يشرع فيها العفو، كالسرقة والزنا، وما عفى فيه، صولح فيه؛ لأنه حق، فيتمكن من التصرف فيه بالعفو، فيتصرف فيه بالعوض كإبراء الدين.

وفى النكت: قال: الفرق بين أخذه عن دية الخطأ، وبين ذهب وورق إنما يأخذ بالدية، وبين أخذه عن الدية وهى إبل، إنما يأخذ بقيمة الإبل، بخلاف من اشترى شقصا بعروض مضمونة، إنما يأخذ بمثل تلك العروض - أن الدية فى الإبل غير محصلة فى الصفة والمقدار، وإنما هى أسنان، فكان الغرر أكثر.

قال التونسى: لم يتكلم سحنون على القاتل خطأ يصالح بشقص على أن تكون له الدية على العاقلة، وهو غرر؛ لعدم ضبط صفاتها.

قال ابن يونس: يريد فى دم العمد: لا يجوز الإشفاع إلا بعد معرفة القيمة.

وقال (ش): الإشفاع بالنكاح بمهر المثل.

لنا: أن النكاح لا ينضبط فى زيادته ونقصانه للمكارمة، فيلغى وتعتبر القيمة، وقد يكون مهر المثل ألفين فتسامحه الزوجة، فتأخذ ما قيمته مائة يجحف بالشفيع، وعكسه يجحف بالمرأة، وقيمة الشقص لا قيمة فيها على أحد.

وقال سحنون: لا يجوز أخذ شقص فى نصف الدية ولا غيره حتى يحكم فيه حاكم؛ لأنه مفوض إليه؛ لتردده فى تأجيله بين السنة والسنتين؛ لأن الجميع فى ثلاث سنين.

وقال فى التصالح عن جميع الدية على شقص، والعاقلة أهل ذهب أو ورق: يجوز. ويرجع عند ابن القاسم بالأقل من قيمة، أو الدية إن كان صلحه عليهم، أو أهل إبل، فإن كان القاتل يعطى الشقص ولا يرجع على العاقلة، جاز، أو يرجع عليهم، امتنع؛ لأنهم مخيرون فى ذلك.

قال التونسى: إذا صالح على موضحتين عمد وخطأ: قال ابن القاسم: يأخذه بدية الخطأ - وهى خمسون دينارا - ونصف قيمة الشقص، فقسم الشقص على الموضحتين، والعمد لا دية له إلا ما اصطلحوا عليه، وهو غير منضبط.

وإن صالحه على شقص، وعشرة دنانير، على هذا، كانت العشرة من الخطأ محطوطة، وبقى منه أربعون، والعمد خمسون، ويأخذ الشفيع بأربعين وخمسة أتساع قيمة الشقص؛ لأنه بقى من الخطأ أربعون مع الخمسين فى العمد، وذلك

تسعة: للعمد خمسة ولو صالحه على عرض وشقص[١]، فالعرض من العمد والخطأ إذ ليس من جنس ما يجب فى الخطأ، ولم يختص بأحدهما، فإن كانت قيمته عشرين فأربعين ونصف قيمة الشقص، قاله يحيى بن عمر.

وقال أصبغ: إن كانت قيمة العرض مثل قيمة الشقص، فالشقص عن نصف الموضحتين، فيأخذه بنصف موضحة الخطأ، خمسة وعشرين، ونصف قيمة الشقص، وإن كانت قيمته خمسين فأقل، أخذه بخمسين موضحة الخطأ، وإن كان العمد عنده، لم يأخذ عنه شيئا؛ لأنه إنما يجعل الزائد على ذلك الخطأ وهو المأخوذ عن العمد، فإن كانت قيمته ستين أخذه بخمسين وسدس قيمة الشقص؛ لأن العمد عنده إنما يكون له الفضل.

وعلى مذهب المخزومى: الشقص كله للعمد.

وقول ابن نافع لم يحمل على دية الموضحة الخطأ، فإن قيمته حمل عليه موضحة الخطأ، وذلك خمسون، فصار العمد ثلثا الشقص، فيؤخذ الشقص عنده بخمسين وثلثى قيمته، وإنما شبهه بالمجهولات التى تكون فى الوصايا، ويحمل على ذلك المعلومات.

وجعله ابن القاسم مأخوذا عن الجملة لو كانت قد صولح عليها، فجعله كالمعلومات، ويلزم على قوله: لو صالح به على موضحة خطأ، ونفس عمدا - أن يأخذ بخمسين دينارا دية الخطأ، وبقيمة عشرين جزءا من الشقص من أحد وعشرين، ويضيف إليها موضحة الخطأ - وهى خمسون - فجميع ذلك أحد وعشرون، ولو دفع الجارح عبدا وأخذ من المجروح موضحتين شقصا: فعلى قياس قوله: إن كانت قيمة الشقص خمسين، صار المجروح دفع موضحة خطأ بخمسين، وموضحة عمدا بمثل ذلك؛ لتساويهما عند ابن القاسم، وشقصا بخمسين، وأخذ من جملة ذلك عبدا، فيؤخذ الشقص بثلث قيمة العبد، ساوى العبد أكثر أو أقل.

وعلى مذهب ابن نافع: تعتبر قيمة العبد، إن كانت مائة فأقل، فليس للعمد شيء، وكان العبد مأخوذا عن الشقص وموضحة الخطأ خاصة، فيؤخذ الشقص بنصف قيمة العبد، وإن كانت قيمة العبد مائة وخمسة وعشرين، فللعمد خمس

---

(١) فى ط: وشقى.

العبد، وللشقص خمساه، فيأخذه بخمسى قيمة العبد.

وعلى قول المخزومى: إن كانت قيمته مائة، كان عن موضحة العمد خاصة، ويحمل عليه موضحة الخطأ وقيمة الشقص - وهى خمسون - صار الجميع مائتين فالذى ينوب الشقص ربع قيمة العبد فيشفع بذلك.

قال ابن يونس: جعل المخزومى الشقص فى الموضحتين يحمل دية الخطأ على قيمة الشقص، فإن كانت ثلث الجميع، شفع بخمسين، وثلثى قيمة الشقص، وكذلك فيما قل أو كثر من الأجزاء؛ لأنه لو صالح عن موضحة عمدا - فقط - كان الأخذ بقيمة الشقص، فصارت قيمته كلها قيمة موضحة العمد، ولو دفعه عن موضحة الخطأ، أخذ بخمسين دينارا دية الخطأ، فلما اجتمعتا، ضرب فى قيمته لموضحة الخطأ بديتها، ولموضحة العمد بقيمة الشقص؛ كمن أوصى بمعلوم ومجهول، فإن جميع ذلك فى الثلث، ويضرب للمعلوم، ويقدر المجهول الثلث، ويلزم ابن القاسم أن يعطى المجهول فى الوصايا - كوقيد المسجد - نصف الثلث.

قال محمد: ولو أخذ من موضحة خطأ شقصا، ودفع خمسين، فالأخذ بمائة، وإن أعطى المجروح فى دية العمد عشرة دنانير، فإن كانت قيمته خمسين، فعلى الشفيع عشرة وأربعة أخماس قيمة الشقص، أو ستين فعشرة، وخمسة أسداس قيمة الشقص، وكذلك ما لم تنتقض القيمة من العشرة فلا تنتقض، وهو قياس قول ابن نافع، ومتى وقع مع الشقص عرض أو مال فى النكاح أو الخلع أو دم، لم يأخذ إلا بقيمة الشقص ما بلغ، إن كانت قيمته ربع ما وقع معه أو أقل.

وقال (ش): لا يصح الصلح على دم العمد أو الخطأ إلا أن تكون الإبل موجودة ومعروفة السن، فإذا صح فيه الشفعة.

تمهيد: قال اللخمى: الشفعة بمثل الثمن فى الدنانير والدراهم، والمكيل والموزون، وأما العرض وغير ذلك من غير المثليات فإنه أقسام:

الأول: عرض أو عبد بعينه، فقيمته يوم البيع لا يوم الإشفاع.

الثانى: موصوف فى الذمة حال، فبمثله الآن.

الثالث: الصداق، قيل: بالقيمة، وقيل: بصداق المثل؛ قياسا على استحقاق الشقص، قيل: يرجع بقيمته أو بصداق المثل.

الرابع: الخلع، ودم العمد، فبالقيمة.

الخامس: صالح عن دعوى فى دار أو عبد، والمدعى عليه منكر، فبقيمة المدعى فيه، وقيل: لا شفعة؛ لأن المدفوع به خصومة لا عوض محقق.

قال: والقياس: الاستشفاع بقيمته؛ لأن قيمة المدعى فيه ظلم على الشفيع؛ لأن العادة فى الصلح على الإنكار لا يؤخذ ما يساوى المدعى فيه والمسامحة فيه أكثر من النكاح، فإذا لم تأخذ المرأة صداق المثل فهذا أولى.

السادس: هبة الثواب، وقد تقدم حكمها.

السابع: ثمن جزاف.

قال محمد: فى الحلى الجزاف بقيمته الذهب بالفضة والفضة بالذهب يوم العقد، لا يوم الأخذ، وكذلك سائر الجزاف.

الثامن: ما له مثل فيتعذر ذلك المثل، فيرجع إلى القيمة.

وقال مالك: يخير المشترى بين القيمة، والصبر حتى يتيسر.

وفى النوادر: قال عبد الملك: إذا تزوجها بشقص وأخذ منها دينارا وفى ذلك فضل ما لا ينقض النكاح – ضم الدينار إلى قيمة الشقص، فإن كان من جمعيته العشر، شفع بدينار وتسعة أعشار قيمة الشقص، وكذلك بقيمة الأجزاء، فإن أصدقها شقصا، وعبدا، وأخذ منها عبدا، وعشرة دنانير، وفى ذلك فضل مما لا يفسد النكاح – ضمت العشرة إلى قيمة الشقص والعبد، فإن كانت العشرة السدس، فقد شغلت من العبد بسدس من الشقص، فإن كانت قيمة الشقص أربعين، وقيمة العبد عشرة فذلك مع العشرة التى أخذ ستون، فيشفع بأربعة أخماس العشرة، وبخمسة أسداس قيمة الشقص، وقاله سحنون فى الخلع.

وفى كتاب محمد: خالعته على دنانير على إن أعطاها شقصا، فإن كانت قيمته أكثر من الدنانير أخذه بمثل تلك الدنانير، أو أقل، شفع بالأقل، وكذلك لو دفعت له عرضا.

وإن كانت الدنانير منه، والشقص منها، فعلى الشفيع الأكثر من قيمة الشقص أو الدنانير.

وكذلك إذا أخذ المجنى عليه عمدا شقصا، ودفع مالا، شفع بالأكثر، وإن أعطى شقصا وأخذ مالا، شفع[1] بالأقل، ولو جرحت زوجها موضحة خطأ، ودفعت له

(١) فى أ: يتنفع.

عن الموضحة وعن الخلع شقصا - شفع بالأكثر من دية الموضحة الخطأ أو قيمة الشقص، ولو دفع الجارح أو المختلعة شقصا ومالا، أو شقصا وعرضا، أو شقصا وجرحا - فالشفعة بقيمة الشقص ما بلغت.

وقال (ح): لا شفعة فى شقص، تزوج أو خالع، أو استأجر به دارا أو غيرها، أو صالح به عن دم عمد أو أعتق عليه عبدا.

ولا يشفع إلا فى مبادلة المال بالمال، ولا فى المصالح به، على إنكار.

ووافقنا (ش) فى الإجارة، والنكاح، والخلع.

لنا: ظواهر النصوص المتقدمة.

ولأنه جعل بدل الشقص ما يضمن بالعقد والإتلاف، فأشبه الإرث، أو المعاوض عليه بخمر[1]، أو الهبة، فهى ثلاثة أقسام:

والجواب عن الأول: الفرق بأن الإرث لا يتهم بإدخال الضرر بخلاف صورة النزاع.

والجواب عن الثانى: أن البيع فى تلك المعاوضة باطل، وههنا المعاوضة ثابتة.

والجواب عن الثالث: أن الشفعة فى الهبة عندنا، ولو سلمنا عدمها، لكن المعاوضة فى صورة النزاع، بخلاف الهبة، فصورة النزاع أشبه بالبيع من الهبة، فتلحق به أولى.

ولأنه يلزم تقويم البضع على الأجنبى، وهو ضرر بالشفيع، فإنه حد تسامح فيه.

وأجابوا عن هذا الوجه بأنه يقوم على المكره، والراجع عن الشهادة بالطلاق، مع قيام ما ذكرتم.

فرع: فى الكتاب: إذا أكرى بشقص أخذ بمثل الكراء لتلك الدار من مثل صاحبها، إن مضمون فمضمون، أو معين فمعين، فإن أخذ بذلك ثم مات الأجير[2]، أو انهدم المسكن بعد مضى نصف السكنى أو العمل:

إن كان المستأجر أجيرًا رجع بقيمة نصف شفعته؛ لأن أخذ الشفيع فوت، قاله ابن يونس.

---

(١) فى ط: بحمر.
(٢) فى ط: الآجر.

وقال أشهب: إذا ماتت الإبل المستأجرة فى نصف الدار، رجع المكرى على الشفيع بما رجع به رب الشقص عليه، فيقاصه بنصف ما كان منه من قيمة كراء الإبل إلا أن يكون كراؤه أكثر من قيمة الشقص، فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله، ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص، وهو على أصل عبد الملك: إذا اشترى شقصا بعبد فيشفع بقيمته، ثم استحق العبد.

فرع: فى الكتاب: إن تكلفت به فغاب فصالحت الطالب على شقص، جاز إن عرفتما مبلغ الدين، والشفعة فيه بمثل الدين، ويرجع على المطلوب بالأقل من الدين أو قيمة الشقص.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن صالحت وأنت لا تعرف ما يثبت الذى تكفلت له إلا أنه قد سماه لك - فللشفيع أن يجيبه: إن دينه كذا، ثم يأخذ به، فإن أخذ به ثم جاء الغريم فلم يستحق عليه شىء، لم يرجع الكفيل عليه بشىء، ورجع على المتحمل له بالثمن الذى أخذ من الشفيع؛ لأنه الذى رضى أن يبيع به شقصه، وهذا إن كان صلحا بغير إقرار منك لم يرجع عليه بشىء، والشفعة فى جميع ذلك إنما أخذ ما به ثبت الحق أم لا، وإن كان إنما تحمل بالوجه، فصالح بشقص، فالشفعة بالأقل من قيمة الشقص، أو بما على الغريم.

وقال أصبغ: إذا صولح فى الإنكار، لا شفعة؛ لأنه كالهبة.

قال محمد: وإن ادعيت حقا فى دار رجل غائب، والمدعى عليه منكر، فصولحت على شقص، فلا شفعة؛ لعدم تعين المعاوضة، فإن ادعيت أنه قتل دابتك فصالحك على شقص، فالشفعة بقيمة الدابة، والقول قولك فى قيمتها، وتكلف صفتها، فإن ادعيت ما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه؛ كقول مالك فيمن اشترى شقصا بعرض ففات العرض: أن القول قول المشترى.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلف المبتاع والشفيع فى قيمة العرض المشترى به، فات بيد البائع أم لا - ينظر لقيمته يوم البيع؛ لأنه مقصود المعاوضة، فإن هلك بيد المبتاع، صدق مع يمينه؛ لأنه غارم، فإن جاء بما لا يشبه، صدق الشفيع فيما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه، وصفه[1] المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفعة بقيمة تلك

(١) فى أ: وصفة.

الصفة يوم البيع، فإن نكل المبتاع، حلف الشفيع على ما يصفه هو وأخذ بقيمة صفته.

قال ابن يونس: قال محمد: إن هلك العرض الذى هو ثمن فأتيا جميعا بما لا يشبه، حلف المبتاع وله ما لا يتبين فيه كذبه، فإن امتنع، حلف الشفيع وكان عليه أدنى ما لا يظهر فيه كذبه، فإن نكل: فإن ادعى أنه حضر، أو علم الثمن ونكل، لم يأخذه إلا بأكثر ما لا يتبين فيه كذبه بعد أن يحلف ما يعلم ما ادعى المشترى.

قال محمد: فإن حلف فأحب إلى أن يحبس المشترى حتى يحلف، فإن ادعى الشفيع العلم ونكل، فلا شفعة له.

وعن مالك: إذا هلك العرض فزعم المشترى أن قيمته ألف، وقال البائع: الأقل - فليحلف المشترى على ما قال، ثم إن شاء الشفيع أخذ بذلك أو ترك، إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك.

وقال عبد الملك: إذا نكل المشترى: قال بعض أصحابنا: يقبض الشفيع الشقص إن شاء، ويقال للمشترى: متى أحببت حقك ببينة أو حلفك، فلك القيمة يوم سلمته للبائع.

قال: فإن امتنع الشفيع من القبض؛ لتوقع الكثرة، فلا بد حينئذ من حلف المشترى على ما يعلمه أو يسجن.

وقال أبو محمد فى قوله: «يتحالفان»: إنما يعنى: أن المبتاع وحده يحلف، فإذا حلف، برئ.

قال محمد: فإن كان المدعى عليه الشراء بعيد الغيبة، فللشفيع أخذ ذلك ويدفع الثمن للبائع إن لم يقر بقبضه، ولا عهدة على البائع إلا فى الاستحقاق، ويكتب العهدة للغائب فى كل شىء، فإن قدم الغائب فأقر، كتبت عليه العهدة، وإن أنكر، حلف ورجع الشقص على بائعه.

قال محمد: وأحب إلىّ ألا يرجع على البائع إذا رضى أن يأخذه بغير كتابة عهدة، ولكن يشهد على البائع بقبض الثمن، وتلزمه عهدته فقط.

وقال أحمد بن ميسر: إذا لم يثبت البيع إلا بإقرار المتبايعين، فلا شفعة.

فرع: فى النوادر: قال عبد الملك: إن اشتراه بدين شفع على البائع كان للمشترى، فالشفعة بقيمة الدين عرضا نقدا يدفعه الآن؛ لأن الدين عرض من

العروض، وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حل الدين، فلا ينظر فى وقته بعد الاستشفاع.

وعن سحنون: يقوم الدين بعرض، ثم يقوم العرض بعين فيأخذ بها.

وعن مالك: لا يأخذ إلا بمثل ذلك الدين، وكذلك إن كان البائع عديما بذلك الدين؛ لأن القيم فى العروض لا فى النقدين، فإن كان حالا، أخذ به حالا، أو مؤجلا فإلى أجله.

قال أصبغ: إنما يشفع بمثل الدين نقدا إلا أن يكون يهضم له فيه هضمة بينة فيأخذ بقيمة الشقص.

قال مطرف: بل يشفع بجميعه، وإن كان يهضم فيه.

قال عبد الملك: فإن اشترى بكتابة مكاتب فبقيمة الكتابة، عرضا يقوم على أنه يعجز أو يؤدى، فإن عجز فهو رقيق لبائع الشقص.

فرع: فى الجواهر: إذا اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه، أخذ بقيمة الشقص، وتبطل الشفعة؛ كما لو جهل الثمن بالكلية.

* * *

الباب الثانى

فى صفة الآخذ

وفى الكتاب: الشفعة على قدر الأنصباء دون العدد، وقاله (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): على عدد الرءوس.

لنا: أنها سبب الملك فتتبعه؛ ككسب العبد، وثمر الثمرة، وأرش الجناية، وأجرة الدار.

احتج بأنها للضرر المستمر فتستحق بالملك، والضرر مستو.

ولأن الشفعة تستحق بالقليل كما تستحق بالكثير إذا انفرد إجماعا؛ فكذلك إذا اجتمعا.

ولأن الدية على عدد رءوس الجانين لا بقدر الجنايات، والغنيمة بقدر الرءوس لا بقدر القتال؛ فكذلك ههنا.

ولأن قوله - عليه السلام -: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»[1] يقتضى التسوية بين المتجاورين، وقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ الَّذِى لَمْ يُقَاسِمْ»[2] يقتضى التسوية؛ لاستوائهم فى هذا الوصف، كما لو قلنا: الدار لإخوتك، استووا فى الاستحقاق.

والجواب عن الأول: أن الشريك إذا باع ملكه سقطت شفعته؛ فدل على أن نصيبه هو الموجب لشفعته، فتقسم على قدر الأنصباء.

ولأن الضرر يختلف باختلاف الأنصباء فى المطالبة بالقسمة فيفترق الملك وينقص، وغرم أجرة القاسم، فالأكثر يتضرر أكثر.

والجواب عن الثانى: أنه يبطل بالابن وابن الابن يستويان إذا انفردوا فى أخذ جميع المال، وإذا اجتمعا سقط ابن، واختلف الحكم، وكذلك الابن والأب.

والجواب عن الثالث: أن السبب - ثمة - زهوق الروح لا ملكهم لأموالهم، ونسبة هذا السبب إليهم نسبة مستوية؛ فيستوون، والغنيمة لا تستحق إلا بالقتال؛ لأن من لم يقاتل لا يساوى المقاتل، بخلاف الشفعة فتستحق بالملك، كما تقدم.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

والجواب عن الرابع: أن الحديثين وردا فى معرض بيان من له الشفعة لا بيان[(١)] أحوال الشفعة، والقاعدة: أن النصوص إذا وردت لمعنى لا يستدل بها فى غيره؛ لأن المتكلم لم يقصده، كقوله - عليه السلام -: «فيما سقت السماء العشر»[(٢)] لا يستدل به على أن فى الخضر الزكاة لأن المقصود بيان الجزء الواجب، لا ما تجب فيه الزكاة، وهى قاعدة جليلة لا ينبغى للفقيه أن يهملها.

نظائر: قال أبو عمران: ثلاث[(٣)] مسائل تختص بالأنصباء دون الرءوس:

الشفعة، وزكاة الفطر عن العبد المشترى، والتقويم فى العتق.

وستة مسائل تختص بالرءوس دون الأنصباء:

أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحراسة أعدال المتاع، وبيوت الغلات، وأجرة السقى على المشهور، وحارس الدابة، والصيد لا تعتبر كثرة الكلاب، زاد العبدى فى نظائره: كنس السواقى.

تفريع:

قال اللخمى: قال محمد: الشفعة كعبد بين ثلاثة الثلث، والسدس، والنصف فأعتق صاحب النصف والسدس معا - فإنه يقوم عليهما أرباعا على الأنصباء.

وقال عبد الملك: بل بالسوية؛ لأنه لو اعتبر كثرة النصيب، لقوم جميع الرقيق منه على القليل وكثير النصيب، وعلى هذا تكون الشفعة؛ لأن الضرر اللاحق لقليل النصيب أكثر فى المقاسمة فإن نصيبه قد يقل فلا يشفع به بعد القسمة، وهذا إذا كانت فيما ينقسم، وإن كانت فيما لا ينقسم وحكم بها فيه، فهى على العدد ولا تراعى الأنصباء؛ لأنها إنما جعلت لدفع الضرر فى طلب المشترى البيع، ويستوى فى ذلك القليل والكثير.

قال صاحب التنبيهات: وعن مالك: هى على عدد الرءوس.

يتحصل ثلاثة أقوال: قولان لمالك فى الرءوس، والأنصباء.

وتفرقة اللخمى فيما ينقسم.

---

(١) فى ط: لبيان.

(٢) تقدم.

(٣) فى ط: ثلاثة.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفا فى الثمن، صدق المبتاع؛ لأنه مدعى عليه إخراج ملكه بما لا يرضى إلا أن يأتى بما لا يتغابن بمثله، فلا يصدق إلا أن يكون مالكًا يرغب فى الدار المجاورة له، فيصدق؛ لأن شأنه أن يبدل كبر العرصة، فإن أقاما بينة وكانا فى العدالة سواء، سقطتا، وصدق المبتاع؛ لأنه صاحب اليد.

فى التنبيهات: قوله: «لأنه صاحب اليد»، قيل: مفهومه: لو كانت فى يد الشفيع كان خلاف ذلك فاتت أم لا.

وقال فى كتاب «الرواحل»: يصدق المكترى؛ لقبضه الراحلة ولأن تسليم الشقص للشفيع كتسليم الشفعة للمشترى، ويختلف هل يصدق بنفس تسليمها أو حتى يبين بها أوحتى تفوت؟

قال التونسى: يصدق المشترى ولم يقل يحلف أم لا؟

قال محمد: إذا ادعى الشفيع حضور المبايعة، حلف المشترى، وإن لم يحقق لا يحلف؛ لأن أيمان التهم لا تلزم إلا من تليق به التهمة.

وقال أشهب: يصدق المشترى بغير يمين إذا أتى بما يشبه [وإن أتى بما لا يشبه][(١)] صدق مع يمينه، وإن اختلف البائع والمشترى فى الثمن، تحالفا وتفاسخا وبطلت الشفعة، ويشبه إن رضى الشفيع بكتب عهدته على البائع، أن يأخذ شقصه؛ كما قيل: لو باع الشقص من غائب، أخذ – على أحد القولين – منه، فإن جاء المشترى فأنكر قيل: تبقى عهدته على البائع إن شاء، واستحسنه محمد.

وقيل: يرد الشقص.

قال التونسى: إن نكل المشترى لما حلف البائع، وجب البيع على المشترى بما قال البائع، ويأخذ الشفيع بقول المشترى مؤاخذة له بإقراره.

قال: وفيه نظر؛ لأنه إنما خلص الشقص بزيادة البائع؛ لأن المشترى لو حلف انتقض البيع، فكأنه ابتدأ البيع بالأكثر.

ولو غرم المشترى على الشقص غرما، قال: يحتمل أن يأخذ الشفيع بالثمن والغرم.

وقد اختلف: فيمن فدى شيئا من اللصوص، هل يأخذه ربه بالغرم أم لا؟ وإذا

(١) سقط فى ط.

اختلف الشفيع والمشترى، لا يشفع لتصديق البائع لأحدهما؛ لاتهامه فى نقل العهدة عن نفسه إذا استحق الشقص، ولو شهد للمشترى فلا تهمة إلا من باب شهادته على فعل نفسه؛ لتضرره بإقراره أن الذى يرجع عليه من عهدة الشقص أكثر مما قال الشفيع، فإن أتى الشفيع والمشترى بما لا يشبه، فأعدل الأقوال: يحلفان؛ لتساويهما، ويأخذ الشفيع بالقيمة، فإن نكل أحدهما، صدق الحالف، فإن طال الزمان حتى نسيا الثمن وقال المشترى: لا أعرفه؛ لطول الزمان وغيبة الشفيع - سقطت الشفعة؛ للتعذر. ولو شهدت بينة المشترى بمائة، وبينة الشفيع بخمسين. فإن كان فى مجلس واحد، تكاذبا - على أحد القولين - فيقضى بأعدلهما، وإن تكافأتا، سقطتا، وصدق المشترى.

وعلى القول الآخر: تقدم بينة المشترى؛ لأنها زادت ما لم تعلمه الأخرى.

أو فى مجلسين كانا بينتين يشفع بما يريد، وله الأخذ بالخمسين؛ لأنه يحمل على أنه أقاله، ثم اشترى ثانيا منه أو من غيره. ولو كانت دار فى يد رجل وأقام غيره بينة بشرائها من المدعى: فإن وقتتا حكم بأقربهما وقتا، وإلا تحالفا، وقسمت بينهما إن لم تكن فى يد واحد منهما، وإلا هى لصاحب اليد بعد حلفه، فإن كان شقصا وهو فى يد أحدهما فحلف، أخذ الشفيع بالثمن الذى أقر به، أو بأيديهما، أخذ من كل واحد نصفه بالثمن الذى أقر أنه اشتراه به.

قال ابن يونس: قوله فى الكتاب: إذا تكافأت العدالة، سقطتا.

قال سحنون: تقدم بينة المبتاع؛ لأنها زادت؛ كاختلاف المتبايعين فى الثمن.

قال سحنون: وإذا لم يقيما بينة وظهر للحاكم مجاوزة الثمن إلى حد الحيلة لقطع الشفعة، رد إلى الأشبه، وإن ادعى الشفيع علم الثمن، قضى له مع يمينه إلى أن يأتى بأقل من القيمة.

وإذا قال البائع: بعت بمائتين.

وقال المبتاع: مائة، وقال الشفيع: خمسين، أو لم يدع شيئا ولم يفت بطول الزمان أو تغير سوق أو هدم أو بيع أو نحو ذلك وهى بيد المبتاع أو البائع:

ففى الكتاب: يصدق البائع ويترادان بعد التحالف، وتبطل الشفعة، وليس له أن يأخذها بمائتين، وتمنع من رد البيع؛ لأنه لا شفعة حتى يتم البيع، فتكون العهدة على المبتاع. وههنا هى على البائع؛ ألا ترى أنه لا شفعة فى هبة الثواب إلا بعد

العوض؟

وقيل: لو رضى بالعهدة على البائع شفع.

قال اللخمى: إذا كان الثمن عرضا واختلفا فى قيمته، وصفه أهل المعرفة، وأخذ بتلك القيمة، وإن نقص سوقه أو زاد فالقيمة يوم الشراء، وإن اختلفا فى مقدار نقص السوق أو زيادته صدق المشترى، ومتى أشكل أمر التغير صدق مدعى تبقيته؛ عملا بالاستصحاب، وإن هلك العرض واختلفا فى صفته صدق المشترى إلا أن يأتى بما لا يشبه فيصدق الشفيع، وإن أتى بما لا يشبه قال ابن دينار: ومن اشترى أرضا فقام الشفيع وادعى عدم القسمة، صدق؛ لأن الأصل بقاء الملك مشتركا، وقاله ابن القاسم.

وكذلك لو قال: اشتريت بعد القسم.

وإذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن فى خمسين ومائة، تحالفا، وتفاسخا، وسقطت الشفعة، فإن نكل البائع وحلف المشترى، غرم خمسين وشفع بها الشفيع، فإن نكل المشترى وحلف البائع أخذ بمائة واختلف بما يشفع:

فقال أشهب بخمسين؛ لأنها التى أقر بها المشترى، ويقول: ظلمنى البائع بيمينه، ولو رجع المشترى إلى ما قاله البائع ما قبل منه.

وقال عبد الملك: بمائة؛ لأنه الثمن المحلوف به.

فإن أحب الشفيع - قبل فسخ العقد - الأخذ بمائة، فله على قول ابن القاسم، وليس له عند أشهب؛ قياسا على قولهم: إذا استحق بعض الأرض وكان ذلك عيبا يوجب للمشترى الرد، قال الشفيع: أنا آخذه، وقال المشترى: أرد - قدم ابن القاسم: الشفيع، وأشهب: المشترى للعهدة التى تكتب عليه، وله الشفعة قبل التحالف أو بعد يمين أحدهما وبعد أيمانهما على القول بأن البيع منعقد حتى يحكم بفسخه.

ولو اختلفا بعد فوت الشقص:

صدق ابن القاسم المشترى وأشفعه بخمسين.

وقال أشهب: يتحالفان ويغرم المشترى قيمته يوم البيع إلا أن يكون أكثر مما ادعى به البائع أو أقل مما قاله المشترى، ثم يشفع بما يستقر من القيمة.

فجعل الشفعة بالقيمة؛ لأن أيمانهما عنده فسخ للعقد، والقيمة بدل من رد العين

فهى الثمن، بخلاف إذا حلف ونكل المشترى؛ لبقاء العقد.

وإذا قال المشترى: نسيت الثمن لطول المدة، أو مات المشترى وقالت الورثة: لا علم عندنا، أو كان الشفيع غائبا أو صغيرا - سقطت الشفعة عند ابن القاسم.

وإن كان على غير ذلك، فالشفعة بالقيمة عنده إذا لم يعقد.

وقال عبد الملك: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول المدة، حلف الولد على نفى العلم وشفع بالقيمة، وكذلك لو كان صبيا وقال: لا أدرى الثمن، حلف فإن نكل حلف الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع: متى أحببت حقك فخذه، وإن حلف فله القيمة يوم أسلمه إلى الشفيع، وإن قال الشفيع: لا أقبضه؛ لاحتمال كثرة ثمنه - فلا بد من يمين المبتاع: أنه ما علم. وقيل: إذا اختلفا فجاء المشترى بما لا يشبه، أو جهل الثمن - شفع بالقيمة يوم البيع، وإن أقر المالك بالبيع وأنكر الآخر الشراء، صدق فى عدم الشراء؛ لأنه الأصل ولا شفعة.

وفى كتاب محمد: بعت من فلان الغائب:

إن بعدت الغيبة شفع لإقراره أنه أولى منه.

فإن قدم وأقر كتبت العهدة عليه، وإن أنكر حلف ورجع الشقص للبائع.

وقال محمد: أحب إلى ألا يرجع؛ لإقرار البائع أن الشفيع أحق منه، وتكتب عهدة الثمن على البائع.

قال اللخمى: وقول محمد أصوب، والحاضر مثله له الشفعة؛ لأن المالك مقر بانتقال ملكه، وأن الشفعة واجبة للشفيع، وأن المشترى ظلمه بجحوده، وخالفنا ح فقال: إذا أقر المالك بالبيع وأنكر المشترى... (١).

لنا: أن المشترى أصل الشفيع ولم يثبت فلا يثبت.

احتج بأن فى إقراره حقا للمشترى والشفيع، وإن لم يقبل المشترى حقه بقى حق الشفيع، ولأن الفرع قد يثبت حيث لا يثبت أصله؛ كإقرار أحد الأخوين بأخ ثالث يثبت الإرث دون النسب.

والجواب عن الأول: أن الذى لم يثبت أصل لما بقى، فينتفى الباقى؛ لانتفاء أصله، بخلاف إذا أقر لرجلين فكذبه أحدهما.

---

(١) فى ط: وأشار الناسخ بالهامش إلى أنه سقط من هنا شىء.

والجواب عن الثاني: أن إقرار الأخ معناه: أنت مستحق لما فى يدى، فقبل. والبائع يقول: أنت تستحق على المشترى، فهو مقر على الغير فافترقا.

فرع: فى الكتاب: العهدة على المشترى وحده للشفيع، وإليه يدفع الثمن، قبضه البائع قبل أم لا، ويرجع المشترى على البائع فى الاستحقاق، ولا شىء للشفيع على البائع، وقاله (ش).

وقال (ح): إذا أخذ من المشترى، أما من البائع على أصله قبل المشترى، فالعهدة عليه.

وهو باطل؛ لأن البائع لو أخذ منه لكان مالكا، ولو كان مالكا انفسخ العقد، فتسقط الشفعة.

احتج: بأن البيع ينفسخ بين البائع والمشترى؛ للانتقال للشفيع؛ كما لو هلك قبل القبض.

وجوابه: أن المبيع يدخل فى ملك المشترى بنفس العقد والهلاك منه.

قال مالك فى الكتاب: لو غاب المبتاع قبل نقد الثمن ولم يقبض الدار، نظر الإمام؛ لأنه محل اجتهاد فى مال الغائب، وللبائع منع الشقص حتى يقبض الثمن، وللشفيع دفعه له وقبض المبيع؛ لأنه عنه أدى، وإن كان على المشترى دين فقام غرماؤه قبل النقد وقبض المبيع، فللشفيع الدفع عن المبتاع للبائع وأخذ المبيع، ولا شىء للغرماء؛ لأن البائع مقدم عليهم، ولأن الشفيع لو ترك بيعت الدار وأعطى البائع الذى بيعت به إلا أن يفلس المبتاع فالبائع أولى بالدار، إلا أن يملك[1] الغرماء الثمن.

قال التونسى: إن غاب المشترى غيبة بعيدة، رفع الشفيع الأمر للإمام، فلو مات المشترى وقد قبض الشقص قبل تسليم الثمن، دفع الشفيع الثمن، وأخذ، ويكون البائع أسوة الغرماء؛ لأنه قد سلم.

وفى كتاب محمد: هو أحق بثمنه وهو ضعيف، وإذا كان الشفيع غائبا فقاسم المشترى ثم قدم، فله رد القسم والأخذ؛ لتعلق حقه قبل القسم.

ومنع أشهب؛ لأن المشترى قاسم من تجوز مقاسمته.

---

(١) فى ط: يضمن.

وقال سحنون: يمضى القسم ويأخذ ما صار له من ذلك؛ جمعا بين المصالح.

وفى النوادر: قال أشهب: إن قربت غيبة الغائب، كتب الإمام إليه ليقدم، فإن تعذر، قضى بالشفعة، والبائع يقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان قبضه أخذه الإمام من الشفيع، ووقفه للمبتاع، وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه، فإن مات فالعهدة على تركته، وإن قبض المبتاع الشقص وسكنه، ثم مات وقام غرماؤه وقام البائع بالثمن وقام الشفيع - فالبائع أحق بالثمن من غرماء المشترى - قال محمد: ولو فلس المبتاع، فالشفيع والبائع أحق بالثمن من غرماء الشفيع، قال محمد: ولو فلس المبتاع فالشفيع أحق بالشقص، ويدفع الثمن للبائع.

فرع: قال التونسى: لو اشترى بنقد فباع بدين وله شفيعان، فطلب أحدهما بالنقد والآخر بالدين - ليس لهما الافتراق؛ لضرر تفريق الصفقة، ولو كانوا جماعة غائبين إلا واحدا فله، أخذ الجميع أو الترك؛ نفيا لضرر تفريق الصفقة، فإن ترك ثم قدم آخر، فله أخذ الجميع، ولا يدخل الشفيع الأول معه؛ لأنه أسقط حقه، ولو أخذ الأول ثم جاء الثانى شاركه بقدر نصيبه؛ لأن الأصل: بقاء حقه، وإن امتنع بعضهم من الأخذ، أخذ الباقون بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء.

قال عبد الملك: إن قال الآخذ للجميع للقادم بعده: أنا أسلم الجميع إليك، ليس له ذلك إلا برضا القادم، فإن رضيا ثم قدم ثالث فإن كان ما ينزع به الأول للثانى فوق ما يلزمه، فهو بيع يأخذ الثالث من الثانى بالشفعة، إلا أن يشرك الثانى فيه بقدر حقه فيما يصيبه فى ذلك من الشفعة، وإن كان الثانى هو التارك ذلك كله للأول إلا قدر ما يصيبه من جميع شركائه، فليس ببيع، ولا شفعة إلا الشفعة الأولى يأخذ منها الثالث بقدر حقه لو حضر معهما.

وإن أخذ الجميع وباعه من أجنبى ثم قدم شفيع:

قال سحنون: له أخذ نصف هذا الشقص من المبتاع الأول بنصف الثمن، والنصف الآخر من المشترى الشفيع بنصف الثمن الذى اشترى به، أو بالذى اشترى به هذا الثانى.

وفى كتاب محمد: إن باع ربع الدار ثلاث صفقات، والغُيّب ثلاثة، لكل واحد ربع، فقدم واحد فإن أخذ بالصفقة الأولى لم يدخل معه المشتريان الآخران؛ لتقدم الشفعة عليهما، أو بالصفقة الآخرة دخل معه المشتريان الأولان؛ لتقدم حقهما،

وكان ثلث الربع مقسوما على خمسة، ثلاثة أخماسه للقادم؛ لأنه يأخذه وللغائبين، وخمساه للمشتريين، فإن قدم آخر فسلم – أيضا – الصفقتين الأوليين، قسم ثلث الربع بينهم على ثمانية: للمشترى سهمان، ولكل واحد من القادمين ثلاثة ثلاثة، فإن جاء ثالث فسلم الأوليين، ضرب معهم بثلاثة ينقسم ثلث الربع أحد عشر، فإن أخذ هذا الثالث السهمين اللذين سلمهما الأول أضافهما لسهامه بسهم لخمسة، وإخوته ثلاثة ثلاثة، وإن أخذها الاثنان ضرب بأربعة أربعة، وضرب الذى سلمها معه بثلاثة، وإن كان الثالث إنما أخذ الثانية، ضرب هو بأربعة، وأولئك بثلاثة ثلاثة، والمشترى بواحد، وكذلك إن أخذ الأولان ضرب هو بأربعة، والباقون بثلاثة، والمشترى بواحد وهى الصفقة الثانية.

فرع: فى الكتاب: لو باع بثمن إلى أجل، فللشفيع الأخذ بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليا، أو ضمنه ثقة ملى.

وقال (ش وح): له تعجيل الثمن ويأخذ، أو الانتظار حتى يحل الأجل فيعطى ويأخذه لا يأخذ بالمؤجل.

لنا: أنه يأخذ بمثل الثمن جنسا ومقدارا فكذلك تأجيلا.

ولأن للأجل قسطا من الثمن فلما وجب الأخذ بالمقدار المعين فى العقد وجب الأخذ بالمؤجل؛ لينضبط المقدار؛ لأنه لو أخذ بالحال أضر به فكان فيه رفع الضرر بالضرر بزيادة الثمن، والشفيع لا يزاد عليه فى الثمن.

احتجوا: بأن الثمن فى ذمة المشترى للبائع، ومن له ثمن فى ذمة لا يتمكن أحد من نقله إلى ذمة أخرى إلا برضاه، ففى التخيير نفى الضرر عن الجميع: البائع، والمشترى، والشفيع.

ولأن الأجل ثبت للبائع بالشرط؛ فلا يستحقه غير المشترط.

ولأن البائع إنما رضى بذمة المشترى فلا يلزمه غيرها.

والجواب عن الأول: أن البائع لما باع ما فيه الشفعة دخل على الانتقال مع أنا لا ننقل حقه، بل حقه فى ذمة المشترى، وحق المشترى فى ذمة الشفيع.

والجواب عن الثانى: أن الشرط ينتقل لمن له الملك؛ بدليل الوارث ينتقل له البيع بالثمن المؤجل.

والجواب عن الثالث: أنه رضى بذمة الشفيع قبل العقد.

تفريع: فى الكتاب: إن رضى البائع فابتاع الشفيع، امتنع؛ لأنه فسخ دين ما لم يحل فى دين، وإن عجل الشفيع الثمن للمبتاع، جاز؛ لأن الأجل حق للمشترى فله إسقاطه، وليس عليه هو تعجيله للبائع توفية بالعقد، ولا للبائع منعه من قبض الدار.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن لم يكن مثل المشترى فى الملاء، أتى بحميل مثل المشترى توفية بمصلحة البائع.

ومنع محمد إذا كان مليا ثقة لحصول المقصود.

وإن اتفقا فى العدم فامتنع المشترى من التسليم إلا بحميل محتجا بحميل البائع بعدمه، فلا حجة له؛ لأن الأصل: عدم ذلك، وإن كان أعدم منه أتى بحميل فى مثل عدم المبتاع أو أملى؛ لأنه الصفة الواقعة فى العقد.

وقال محمد: إن كان الشفيع عديما لا شفعة له إلا بحميل ثقة، كان المبتاع عديما أم لا؛ صونا لملك المشترى عن الضياع؛ لأن عدمه لا يخل بملكه.

ولو اشترى إلى أجل بحميل، والشفيع أملى منه:

قال أشهب: إن لم يأت بحميل أو رهن مثله فلا شفعة، ولايفيد رهن فيه وقايل مثل الأول؛ لأنه الواقع فى العقد، ولو كان برهن وحميل، فلا بد منهما؛ لأنهما الواقعان فى العقد.

ولأشهب: إن كان أملى من الحميل والغريم، أخذ بغير رهن وحميل؛ لحصول مقصود ضبط المالية.

قال محمد: والأول أولى عندنا.

قال عبد الملك: إن قام الشفيع بعد حلول الدين ودفع الثمن، استؤنف للشفيع مثل أجل المشترى؛ لأنه صفة العقد، فإن كان ثقة دفع إليه وإلا فحميل ثقة، فإن عجز ولم يكن ثقة، أبطل السلطان شفعته، وإن وجد ثقة بينه وبين حلول أجل الثمن أو بعده، فلا شفعة؛ لعجزه عن الثمن إذا أوقفه السلطان.

وقال أصبغ: إذا قدم بعد حلول الأجل، فلا يأخذ إلا بنقد؛ لأن الأجل بطل، وصار الثمن حالا.

والأول قول مالك، وهو أصوب؛ لينتفع الشفيع بالأجل كما انتفع المشترى.

وإن اشترى بدين له على البائع إلى سنة، أخذ بقيمة الدين عرضا يدفعه الآن؛ لأن الدين عرض من ذوات القيم، وذلك إن لم يقم حتى حل الأجل، قاله عبد الملك،

وقاله سحنون، إلا أنه قال: يقوم الدين بعرض نقدا، ثم يقوم العرض بعين ثم يأخذ بذلك.

وقال مالك: لا يأخذ إلا بمثل ذلك الدين؛ لأنه الثمن ولأنه لا قيمة للنقدين بل فى العروض.

قال محمد: فلو اشترى به بعد حلوله، لم يأخذ إلا بذلك القدر بعينه؛ لأنه الثمن.

فإن اشترى بكتابة المكاتب[1] ففى كتاب محمد: يأخذ بقيمة الكتابة عرضا يقوم على أنه يعجز أو يؤدى، فإن عجز فهو رقيق للبائع؛ لأن الرقبة عوض الكتابة.

قال أشهب: إن اشتراه بعرض موصوف، أخذ بقيمته إلى أجله على مثل من هو مثله فى يسره، وعسره، ولدده، ويمتنع أخذه قبل معرفتهما بالقيمة لا كبيع مجهول.

قال محمد: وهذا غلط، بل بمثل العرض إلى أجله، وإنما يأخذ بالقيمة نقدا إذا اشترى بعرض معين لتعذر المثل، ولأنه إذا استحق العين قبل قيام الشفيع انتقض البيع، وفى استحقاق الموصوف لا ينتقض، والشفعة قائمة.

قال اللخمى: إذا اشترى بثمن إلى أجل أو أخذه من دين مؤجل، فثلاثة أقوال:

يأخذ بمثل ذلك مؤجلا فى الوجهين، قاله ابن القاسم فى المدونة.

وبالقيمة فى الوجهين.

وبمثله إن كان ثمنا، وبقيمته إن أخذه فى دين، قاله عبد الملك وسحنون؛ لأن الأجل صفة الثمن.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى حصتين من دارين فى صفقة، وشفيع كل دار على حدة، فسلم أحدهم - فللآخر أن يأخذ شفعته فى التى هو شفيعها دون الأخرى؛ لعدم ضرر التفريق بينهما.

وإن اشترى ثلاث حصص فى صفقة من دار أو دور فى بلد أو بلدين من رجل أو رجال، وشفيعها واحد - فليس له إلا أخذ الجميع أو الترك؛ نفيا لضرر التفريق.

وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته فى نخل، ومن الآخر حصته فى قرية[2]،

---

(١) فى ط: مكاتب.

(٢) فى ط: قربة.

ومن الآخر حصته من دار فى صفقة، أو باع ذلك كله، وشفيعه واحد.

ولو ابتاع ثلاثة من واحد أو من ثلاثة فى صفقة، والشفيع واحد - فليس له الأخذ من أحدهم دون الآخر، بل الجميع أو يترك، وقاله (ح) خلافا لـ (ش).

لنا: أنه تفريق الصفقة فيمتنع للضرر.

احتج: بأن عقدهما مع المشترى كالعقدين؛ فلا تفريق.

والجواب: لا نسلم بل صفقة واحدة.

ولو اشترى حصة ثلاثة فى ثلاث صفقات، فللشفيع أن يأخذ بأى صفقة شاء؛ لعدم الضرر، فإن أخذ الأولى[1] لم يشفع معه المبتاع؛ لأنه أجنبى فيها، أو الثانية فله فيها بقدر صفقته؛ لتقدم شركته عليهما، أو الثالثة استشفع بالأولى أو الثانية.

وإن ابتاع ما هو شفيعه مع شفيع تحاصا فيه بقدر حصتهما، يضرب فيه المبتاع بقدر نصيبه من الدار قبل الشراء، ولا يضرب بما اشترى. وإذا حضر بعض الشفعاء فقال: آخذ حصتى فإذا قدم أصحابى فإن أخذوا وإلا أخذت حصتهم - منع، بل يأخذ الجميع أو يترك؛ نفيا لضرر تفريق الصفقة.

فإن سلم، لم يأخذ مع أصحابه؛ لإسقاط حقه، ولهم أن يأخذوا الجميع أو يتركوا.

فإن سلموا إلا واحد قيل له: خذ الجميع أو اترك، وإذا أخذ الحاضر الجميع، شاركه الغائب إذا قدم بقدر ما كان له، فإن أخذ بعض القادمين وأبى البعض لم يكن للآخر أخذ حصته فقط.

قال صاحب التنبيهات: قوله: «فى حصص ثلاثة»: نخل، وقرية، ودار.

قال أشهب: هذا إذا كانوا متفاوضين، يعنى: المشترين، وإلا فليأخذ ما شاء؛ لأنه لا ضرر على المشترى فيما يأخذ من الآخر.

وحمل الباجى قول أشهب على التفسير، قال: وإلا فلا وجه لثبوت الشفعة، وحمله غيره على الخلاف.

قال التونسى: إذا اشترى اثنان شقصا من رجل:

---

(١) فى ط: الأول.

قال ابن القاسم: ليس له الأخذ من أحدهما بل منهما أو الترك؛ نظرا لاتحاد البائع.

وقال أشهب: له الأخذ من أحدهما؛ لأنه لا ضرر على أحدهما، بل منهما فى الأخذ من الآخر ولا منه.

قال: وقول أشهب: إلا أن يكونا متفاوضين، ولو أخبر أحدهما أنه اشترى الجميع فسلم له، ثم إنه اشترى مع غيره:

قال ابن القاسم: لا يلزمه التسليم وله أخذ البقية؛ لأنه يقول: إنما تركت لمن يشافعنى وأشافعه، وأما من يشافعه دونى فلم أترك له.

قال: وهذه العلة توجب أن من باع لرجلين أنهما يتشافعان دون بقية الورثة، وأنهما لهما أن يحلا محل البائع منهما.

وعن أشهب: أنهما كأهل سهم واحد يتشافعان دون بقية الورثة.

وعن أشهب: أنه يلزمه ما سلم لمن سمى، ثم قال: ويكون من أخذ منه شريكا للذى سلم له إن شاء أن يلزم ما أخذ بالقيمة.

قال محمد: إذا كانا متفاوضين، قال التونسى: جعل أشهب لمن علم به كتسليمه نصف المشترى شائعا فذلك لازم له وهو الباقى بين الشريكين إن رضيا، وإن قال: أنا آخذ الجميع أو أترك، فذلك لهما؛ للضرر الداخل عليهما، وقول ابن القاسم بين؛ لأنه إنما سلم لمن ظن أنه اشترى الجميع، فلما تبين أن غيره اشترى كان له أخذ ما لم يسلمه وهو نصف الأخذ، وله الرجوع فى نصيب هذا؛ للضرر الداخل عليه فى تفريق الصفقة.

فإن قيل: اشترى النصف فسلم فظهر أنه اشترى الجميع:

ففى كتاب محمد: يلزمه التسليم ويأخذ النصف الآخر إن رضى، قال: والأشبه: أن له أن يأخذ؛ لأنه يقول: كرهت أن أبقى شريكا مع البائع، فأما إذا باع الجميع فأنا آخذ، وهو ظاهر المدونة، وإذا سلم ولم يذكر له أخذ - لزمه، عرف الثمن أم لا، وإذا أخذ لما سمى له أخذ فوجد غيره، لزمه؛ لأن الظاهر من أمره: أنه لما أخذ فقد رغب فى الشفعة، ولم يقصد الأخذ ممن سمى [دون][1] غيره.

---

(١) سقط فى ط.

قال: وفيه نظر إلا أن يكون معنى الأخذ أنه أراد نفسه لا رغبة فيمن سمى له، فإن أخذ قبل معرفة الثمن فهو فاسد.

فإن قيل له: بدنانير فوجده بعرض، لزمه التسليم؛ لأنه إنما يدفع دنانير إلا أن تكون قيمة العرض أقل مما سمى له من الدنانير، وكذلك إذا قيل: بدنانير فوجده بقمح أو زيت، فله الأخذ؛ لأنه يقول: كرهت غرم مثل القمح؛ لأنه أثقل على، وكذلك إذا قيل: بقمح فوجده بدنانير، أو قمح فوجده زيتا؛ لأن [وزن][1] الزيت أخف من كيل القمح، وخالفه ابن القاسم فى ذلك دون أشهب.

فإن قيل: بعرض فوجده دنانير، لزمه التسليم إلا أن تكون الدنانير يسيرة لا تكون ثمن العرض؛ لأنه إنما سلم لتوهم الكثرة.

فإن قيل: بقمح فأخذ، جاز، وإن لم يصف القمح، فإن لم يجد وسطا أو دون الوسط، لزمه، وإلا خير، ولا يلزمه برضا المشترى بالوسط؛ لكراهة المنة عليه، ولا يجوز الأخذ قبل معرفة القيمة للبناء الذى أحدثه فى الشقص، وأجيز قبل معرفته بقيمة السلعة التى اشترى بها الشقص إذا رآها؛ لأن الجهالة بالقيم لا تبطل البيع؛ لأنها رغبات الناس خارجة عن السلع.

قال: والأشبه: المنع؛ لأنه مشتر للشقص بقيمة مجهولة.

قال ابن يونس: إذا سلم أحدهما على سبيل الهبة أو الصدقة على المبتاع:

قال ابن حبيب: ليس للآخذ إلا بقدر سهمه. أو تركا للشفعة، فللمتمسك أخذ الجميع للقادم الجميع ليس له ذلك إلا برضا القادم، فإن رضى ثم قدم ثالث فما تبرع به الأول للثانى مما لا يلزمه بيع يأخذه الثالث من الثانى بالشفعة إلا أن يشركه الثانى فيه بقدر حقه من الشفعة.

قال اللخمى: إذا طلب الشفيع جميع الصفقة، وقال المشترى: لا أسلم إلا نصيبك:

قال أشهب: له الأخذ بجميع ذلك النصيب.

وقال ابن حبيب: إن أراد سقوط حقه وجه المشترى، لم يشفع إلا بنصيبه، أو كراهة الأخذ، أخذ جميع النصيب. وفى مختصر الوقار: ليس لمن لم يجز إلا

(١) سقط فى ط.

نصيبه، وهو أقيسها لأن الذى كان له من الشفعة فضلها، والفاضل لا شىء له فيه، وإذا أسقط الآخر حقه فهو لمن تركه له، وإذا كانت الدار بين أربعة وباع اثنان نصيبهما صفقة - للثالث أخذ الجميع دون نصيب أحدهما إلا أن يرضى المشترى؛ لئلا تتفرق صفقته، وإن كان البائع واحدا، والشفيع واحدا، والمشترى اثنان اشتريا صفقة واحدة - لا يشفع من أحدهما عند ابن القاسم؛ نظرا لاتحاد الصفقة، وله عند أشهب وسحنون؛ لأن الأخذ من أحدهما لا يضر بالآخر، وإن اشترى رجل، والشفيع واحد، والبائع اثنان باعا نصيبهما صفقة - ليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو الترك؛ لضرر التفريق.

وكذلك إن باعا نصيبهما من دارين أو دار أو بستان صفقة، فإن كانت شركة أحدهم فى دار، والآخر فى حمام، والآخر فى بستان، فباعوا صفقة - على القول بجمع السلعتين - والشفيع واحد:

قال ابن القاسم: ليس له إلا أخذ الجميع أو الترك، وهو أحد القولين فى الصفقة لمالكين: هل هى كالصفقة لمالك إذا عقد أحدهما عقدا حلالا والآخر حراما؟ قيل: يفسخ العقدان، وقيل: الحرام فقط، فعلى هذا: يجوز الاستشفاع من أحدهما دون الآخر، وإذا استحق أحدها وهو وجه الصفقة لا يرد المشترى، وعلى القول بأخذ الجميع يقدر فى فساد أحدهما الآخر، وإذا استحق الوجه رد، وكونهما كالعقدين أحسن.

وإن كان الشفعاء ثلاثة فأشفع أحدهم فى الدار، والآخر فى الحمام، والآخر فى البستان، جاز؛ لأنه لم يبق فى يد المشترى شىء.

تمهيد: فى الجواهر: إذا اتحدت الصفقة والشفيع، لا ينظر إلى تعدد البائع والمشترى والأشقاص، بل ما أخذ الجميع أو تركه، وإن اتحدت الصفقة والبائع والمشترى وإن تعدد الشفيع.

وقال سحنون وأشهب: إذا تعددت الأشقاص والمشترون، واتحد الشفيع - فله الأخذ من أحدهم وإن اتحدت الصفقة، وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه، ولو تعددت الشفعاء والأشقاص، لكان لكل واحد أخذ ما هو شفيع فيه خاصة.

فرع: فى النوادر: قال ابن القاسم: إن قدم الغائبون وقد أخذ الحاضر الجميع،

دخلوا معه بقدر سهامهم[(١)].

قال أشهب: ويخيرون فى العهدة بين الحاضر - لأنه أخذ لنفسه - أو بين المأخوذ منه، ولا تكتبوها عليهما، فإن أبى بعضهم [الأخذ][(٢)]، فللآخرين بقدر حصصهم من حصص من أخذ، فإن أبوا إلا واحدا نصيبه مثل نصيب الآخذ - فالمأخوذ بينهما شطران.

قال أشهب: ويخير فى العهدة كما تقدم.

قال عبد الملك: فإن لم يقدم إلا واحد، فليس له بقدر حصته من حصص أصحابه، لكن نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك.

قال ابن القاسم: إذا ساوى نصيب الأول الثانى واقتسما الشفعة نصفين فقدم ثالث له مثل أحدهما - أخذ ثلث ما فى أيديهما؛ فيصير لكل واحد ثلث.

قال أشهب: ويخير فى العهدة بين المشترى الأول والشفيع الأول أو هما، وإن شاء أخذ ثلث ما بقى فى يد أحدهما وترك ما فى يد الآخر، وليس له ههنا عهدة على المشترى الأول؛ لأنه ليس له أن يأخذ منه بعضا ويدع بعضا، بل عهدته على من أخذ منه إن كان الأول دون الثانى، وإن أخذ من الثانى خاصة، فله العهدة على أى الشفيعين شاء، فإن قدم رابع له مثل أحدهم، فله أخذ ربع ما بيد كل واحد، ويخير فى العهدة بين المشترى الأول والآخرين، أو عليه وعلى الثانى، أو على جميعهم، وإن شاء أخذ ربع ما فى يد أيهم شاء وترك غيره، ولا عهدة له على المشترى، بل المأخوذ منه إن كان الأول، وإن كان الثانى كتب ذلك على أى الشفيعين الأولين شاء، وإن أخذ من الثالث كتب على أى الشفعاء الثلاثة شاء.

فرع: قال: إن[(٣)] حضر أحدهم فأخذ الجميع وباعه من أجنبى، ثم قدم الشفيع:

قال سحنون: له أخذ نصف هذا الشقص من المشترى الأول بنصف الثمن، والنصف الآخر من المشترى من الشفيع بالذى اشتراه به هذا الثانى.

قال محمد: فإن كان ذلك فى صفقات، فللحاضر الأخذ بأيها شاء، فإن قدم ثان، شركه فيها، وكان أخذ بقية الصفقات أو ما شاء منها مثل كون الشفعاء ثلاثة،

---

(١) فى ط: سهمانهم.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: إذا.

والصفقات ثلاثة، فأخذ الحاضر الصفقة وهى ثلث ربع، وسلم غيرها - فللمشترى الدخول معه إلا بالصفقتين الأوليين، وذلك ثلثا الربع، وللشفيع ربع كل ما يقسم بينهما، فهذه الصفقة - وهى ثلث الربع خمسة أجزاء، فإن قدم: فإن سلم للمشترى ما سلم له الأول، كان ربع الصفقة للمبتاع، وثلاثة أرباعها من الشفيعين، فإن لم يسلم له الثانى شيئا، فللثانى أخذ الصفقتين الأوليين وحده، وعهدتهما على المشترى، ثم له الدخول مع الأول فى الصفقة الأخرى، وهى ثلث الربع، يدخل فيها الثانى بخمسة أثمانها، وللأول ثلاثة أثمانها؛ لأن الأول له الربع وهو ثلاثة أجزاء، وللثانى الربع وهو ثلاثة، وله ثلث الربع بالصفقتين اللتين أخذهما هو خاصة [و] التى سلمها الأول، فإن قدم ثالث، فله نصف الصفقتين اللتين سلمهما الأول فتصير له أربعة، وللثانى أربعة، وللأول ثلاثة، فيقسمون الربع وهو الصفقة الثالثة على أحد عشر جزءا: للأول ثلاثة، ولكل واحد من هذين أربعة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: ثلاثة بينهم أرض، باع أحدهم فلم يعلم الباقيان، فلم يقوما بالشفعة، ولم يفت وقتها حتى باع أحدهما فالشفعة فى مبيع الأول؛ فلا يبطلها بيعه، فإن ترك البائع الثانى الشفعة مع الشريك الذى لم يبع، فالشفعة كلها للثالث المتمسك بحظه فيما باع الأول والثانى.

فإن سلم ما باع الأول وطلب مبيع الثانى، صار المشترى من البائع الأول شفيعا مع الثالث الذى لم يبع حظه فى مبيع الثانى لينزله منزلة بائعه؛ إذ لم يؤخذ منه بالشفعة فصار شريكا للبائع الثانى ولصاحبه الذى لم يبع، فباع الثانى حين باع، والمشترى من البائع الأول شريك تجب له الشفعة.

وقال (ش): لا يجوز أخذ بعض الشفعة وإن كانا حصتين من دارين.

وإذا باع، ثم باع من المشترى الأول:

قال (ش): للشفيع الأخذ بأحد العقدين أو كليهما.

وقال (ح): لا يأخذ الصفقتين بل بالأولى ونصف الثانية؛ لأن الأول صار شريكا، وإذا باع من رجلين:

قال (ش): له الأخذ منهما ومن أحدهما إذ لا تفريق على أحدهما فى صفقته.

وقال (ح): يجوز ذلك بعد القبض ويمنع قبله.

وإن باع شريكان لرجل، فله أخذ نصيبهما ونصيب أحدهما.

قاله (ش)؛ لأن العقد فى أحد طرفيه عاقدان، فجاز تفريقه كتعدد المشترى.

وقال (ح): يمتنع؛ لضرر تفريق الصفقة.

قال (ش): ومتى سلم أحدهما أخذ الثانى الجميع، ولا يأخذ بقدر حصته، وإن حضر أحدهم وغاب غيره، أخذ الحاضر الجميع، ولا تفرق الصفقة، قاله (ش).

فإن عفا الحاضر فعلى الغائب - إذا قدم - أخذ الجميع، قاله (ش).

وقال هو و (ح): إذا كان المشترى شفيعا وهم ثلاثة، اقتسما المبيع نصفين.

قال القاضى فى الإشراف: أخذ الثلاثة الشركاء من آخر حصته فالمبيع بين الذى لم يبع وشريك المشترى إن طلبت الشفعة على قدر أملاكهما.

وقال بعض الشافعية: جميعه للشريك الثالث.

لنا: قوله - عليه السلام -: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ»؛ وقياسا على ما إذا كان المشترى أجنبيا.

فرع: فى الكتاب: قال البائع: الثمن مائتان، وقال المشترى: مائة، وقال الشفيع: خمسون، أو لم يدع شيئا: فإن لم تفت الدار بطول الزمان، أو هدم، أو تغير المساكن، أو بيع، أو هبة أو نحوه، وهى بيد البائع أو المبتاع - صدق البائع ويترادان بعد التحالف، وليس للشفيع أن يقول: آخذ بالمائتين، ولا يفسخ البيع؛ لأنه لا شفعة حتى يتم البيع فتصير العهدة على المبتاع، وههنا على البائع. وإن تغيرت بما تقدم وهى فى يد البائع، صدق مع يمينه، وأخذها الشفيع بذلك.

فى التنبيهات: قوله «يصدق البائع»، يريد: ويتحالفان ويتفاسخان. وقوله: «بطول زمان»، قال بعضهم: يدل على أن حوالة الأسواق فى البيع فوت فى اختلاف المتبايعين؛ كما قال فى كتاب محمد، خلاف قوله فى المدونة، وقد يقال: إن المراد طول تتغير[1] فى مثله الدار، وتنهدم؛ لضعف بنائها، وتخصيصه بتغييرها بيد المشترى، قالوا: لو تغيرت بيد البائع تحالفا وتفاسخا.

قال أبو محمد: ولو تغيرت بيد البائع بهدم أو بناء، نظر إلى قيمة الدار مبنية ومهدومة، ولا ينقص من المشترى، ويتحالفان ويتفاسخان، ويغرم المشترى للبائع

(١) فى أ: يتغير.

النقص من الثمن الذى أقر به، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، لزمه ما حلف عليه صاحبه.

فرع: فى الكتاب: لا شفعة فى هبة الثواب إلا بعد العوض حتى يتحقق البيع.

قال اللخمى: فاتت الشفعة أم لا، وتجب قبل الثواب وقبل الفوت؛ لأن الموهوب بالخيار بين التمسك والرد.

واختلف فى الشفعة بعد الفوت، وقبل الثواب:

نفاها ابن القاسم حتى يثبت أو يقضى بها عليه ويغرم.

قال أشهب: إذا فات الشقص وجبت الشفعة بالقيمة، والشفعة إذا أثاب قبل الفوت بمثل الثواب، إن كان عينا أو مكيلا أو موزونا، قل أو كثر، وإن كان عرضا فبقيمته، فإن أثاب بعد الفوت، فبمثله - عند ابن القاسم - إن كان عينا، أو بمثل قيمته إن كان عرضا قلت القيمة أو كثرت إن كانت الهبة قائمة.

قال أشهب: بالأقل من قيمته أو قيمة الهبة؛ لأن الفوت عنده من العين.

ولا يجبر الواهب على قبول العوض، فإن كانت قيمة الشقص أقل لم يكن عليه غيرها، أو العرض أقل لم يكن عليه غيره؛ كمن دفع عرضا عن دين فيه هضم من الدين، فإنه لا يبيعه مرابحة بذلك الدين.

قال: والقياس: الأخذ بالأكثر من قيمة الهبة أو قيمة الثواب، فإن كانت قيمة الثواب أكثر، قال: هو الذى كان يرجو منى ولمثل هذا وهب، أو القيمة أقل قال: إنما أخذ ذلك بدينه على وهى القيمة ولولا ذلك لاستوفيت منه القيمة عينا إلا أن يعلم أن الموهوب له مالك، وإن أخذ ذلك على وجه التخليص منه أو يرى أن قيمته أقل بالشىء الكثير، مثل: أن تكون قيمتها مائة، وقيمة الثواب عشرين، فاختلف هل يشفع بعشرين أو تسقط الشفعة؟ ويغلب حكم الهبة بغير عوض، كالموصى بشقص أن يباع من فلان بعشرين وقيمته مائة، وعكسه أن يهبه عبدا ويثيب شقصا - فإن كان الثواب قبل فوت العبد، أخذ بقيمة الشقص.

وعلى قول أشهب: بالأقل.

والقياس: بالأكثر كما تقدم.

فرع: فى الكتاب: إذا وضع البائع على المشترى من الثمن بعد أخذ الشفيع أو قبل، فإن صلح ما بقى ثمنا يتغابن بمثله وضع ذلك عن الشفيع؛ لأن ما أظهر أولا

كان لقطع الشفعة، وإلا لم يحط وهو هبة للمشترى.

وقال فى موضع آخر: إن حط عن المبتاع ما يشبه حط البيع وضع عن الشفيع، وإلا فلا.

فى النكت: قوله: «قال فى موضع» ليس اختلافا.

قال التونسى: جعله مثل ما إذا أشركه لا يلزمه أن يحط عن شريكه ما حط البائع عنه مما يشبه أن يحط فى البيع، بخلاف بيع المرابحة والتولية، ولعله فهم فى الشريك أنه أراد أن يجعله محله، وإلا فما الفرق؟ إلا أن يرى أن ذلك فى الشركة موجب الحكم، رضى المشترى أم لا، كأهل سوق حضروا، فاشترى واحد منهم سلعة من سلع السوق؛ فإنهم كلهم شركاء فيها.

قال ابن يونس: قال محمد: القياس: أن ما وضع من قليل أو كثير وضع عن الشفيع؛ كما لو باعه ابتداء بما لا يباع بمثله على التكايس صلة ومعروفا - فالشفيع أولى بذلك، وقاله (ح).

وقال (ش): لا يوضع عن الشفيع شىء؛ لأنه بيع جديد لأن المقصود نفى الضرر عن الشفيع بدفع الشركة، وعن المشترى بألا يغرم شيئا؛ لقوله - عليه السلام -: «وهو أحق بالثمن»[1].

فإذا حط علمنا أن الذى بذله ليس ثمنا، أما إذا كان لا يشبه علمنا أن الحطيطة هبة.

قال ابن القاسم: إن حابى فى مرضه، فالمحاباة فى ثلثه، ويؤخذ بذلك الثمن، وكذلك الصحيح إلا ألا يصلح - لقلته - ثمنا فلا شفعة، صحيحا أو مريضا.

فرع: فى الكتاب: إذا قاسم المشترى، فللشفيع الغائب نقض القسمة؛ كما له نقض البيع، ولو بنى بعد القسم مسجدا، هدمه، وأخذه؛ لتقدم حقه، وكذلك لو وهب أو تصدق به والثمن للموهوب له أو المتصدق عليه؛ لأن الواهب علم العاقبة فهو واهب للثمن.

وفى النكت: إنما قال: ينقض القسم إذا وقع بغير حاكم، أما مع الحكم فهو ماض، ويأخذ الشفيع ما وقع له فى القسم.

قال ابن يونس: قال سحنون: ليس له رد القسم ويأخذ الشفيع ما وقع للمبتاع، خلافا لابن القاسم، وقوله: «كأنه وهب الثمن» هو بخلاف الاستحقاق.

---

(١) تقدم بنحوه.

وقال أشهب: الثمن للواهب والمتصدق؛ كالاستحقاق، واختاره محمد وسحنون؛ لأن عليه يكتب العهدة، ولو جعلته للموهوب لكانت العهدة عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا تكررت البيعات، أخذ بأى صفقة شاء ونقض ما بعدها؛ لتقدم أخذه عليها، وإن أخذ بالأخيرة ثبتت البيعات[١] كلها، وكذلك إن بيع على المشترى فى دين فى حياته أو بعد موته.

قال ابن يونس: إن أخذ من الأول، كتب العهدة عليه، ودفع من الثمن للثالث ما اشتراه به؛ لأن له المنع من التسليم حتى يقبض ما دفع، فإن فضل شىء فللأول، وإن فضل للثالث شىء من صفقته، رجع به على الثانى، وله حبسه حتى يدفع إليه بقيمة ثمنه، ثم يرجع الثانى على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه، وإن أخذها من الثانى كتب العهدة عليه، ويدفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به، وإن كان فضل فللثانى، وإن فضل للثالث مما اشتراه به شىء، رجع به على الثانى، ولا تراجع بين الأول والثانى؛ لتمام بيعهما، وإن أخذ من الثالث فالعهدة عليه، وتقرر ما قبله فى شرح «الجلاب» إذا بيع مرارا وهو حاضر عالم ولم يقم حتى يرد البيع، سقطت شفعته فى البيعات[٢] كلها إلا من آخر بيع، أو حاضر غير عالم أو غائب، خير فيها.

قال اللخمى: فإن كان العقدان بيعا ونكاحا، وتقدم البيع، خير بين الأخذ من الزوج بالثمن، ويرجع الزوج على الزوجة بقيمة الشقص، ولا يفسخ النكاح، أو يأخذ من المرأة بقيمة الشقص وتكتب العهدة عليها، وإن تقدم النكاح وباعت المرأة أخذ من الزوجة بقيمة الشقص ويفسخ البيع، أو من المشترى بالثمن وتكتب العهدة عليه[٣]، وإن كان نكاح ثم خلع، أخذ من المرأة بقيمته يوم النكاح ويرجع الزوج عليها بقيمته يوم الخلع، وإن كان بيع ثم هبة أخذ من المشترى، واختلف لمن يكون الثمن؟ فعند ابن القاسم: للموهوب.

---

(١) فى ط: البياعات.
(٢) فى ط: البياعات.
(٣) زاد فى ط: وإن كان نكاح ثم خلع، أخذ من المرأة بقيمته يوم النكاح، ويرجع الزوج عليها بقيمته يوم النكاح، ويرجع الزوج على الزوجة بقيمة الشقص ولا يفسخ، أو يأخذ من المرأة بقيمة الشقص ويكتب العهدة عليها، الشقص ويفسخ البيع، أو من المشترى بالثمن ويكتب العهدة عليه.

فرع مرتب: قال صاحب النوادر: فى المجموعة: إذا اشترى شقصا بمائة، ثم باع نصفه بمائة - فللشفيع أخذ الشقص كله من الذى اشتراه أولًا بمائة، أو أخذ نصفه من الثانى بمائة ونصفه من الأول بخمسين.

فرع: قال: قال أشهب: لو قال الشفيع: أنا آخذ بالصفقة الأولى، وأجيز بيع الثانى، وآخذ الثمن - امتنع؛ لأنه ربح ما لم يضمن إلا أن يكون الشفيع أوجبها على نفسه قبل بيع الأول وأشهد، فيخير فى البيع الثانى فى إجازته وأخذ الثمن وفسخه وأخذ الشقص، ولا له دفع ما اشتراه الأول به إليه إلا ما فضل عما أبرأه الآخر، اختار الشقص أو الثمن، ولا له الأخذ بالآخر إن أخذ بالأول.

فرع: فى الكتاب: إذا زاد المبتاع البائع فى الثمن، فنقد الثمن(١) فالأخذ بالثمن الأول؛ لأنه بيع [قد](٢) تعين.

قال ابن يونس: قال أشهب: للمبتاع الرجوع على البائع بما زاد بعد أن يحلف: ما زاده إلا حذارا من الشفعة، وإلا فلا رجوع له.

وقال عبد الملك: كذلك فى الوضيعة.

وأما زيادة المشترى للبائع:

فقال عبد الملك: هى للشفيع فإن شاء أخذ بما زاد أو سلم، ولا يتهم المشترى أن يزيد لإصلاح البيع.

قال اللخمى: لا أعلم لقول عبد الملك وجها؛ لأن المشترى فى مندوحة عن تلك الزيادة، وقد استحق الشفيع الأخذ بالثمن الأول، إلا أن يعلم أنه لو لم يزده لادعى عليه ما يفاسخه به البيع.

فرع: فى الكتاب: إذا أقال المشترى، للشفيع نقض الإقالة والأخذ، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة، والإقالة بيع حادث فى كل شىء إلا ههنا.

فى التنبيهات: قال ابن دينار: إذا ثبتت(٣) الإقالة، للشفيع الأخذ من المشترى بعهدة البيع، ومن البائع بعهدة الإقالة؛ لأنهما يتهمان على حل البيع لإبطال الشفعة.

وفى النكت: قال محمد: إنما لم يجعل مالك الإقالة فى الشفعة بيعا؛ لاتهامهما

---

(١) فى أ: البيع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: ثبت.

فى نقض البيع فرارا من الشفعة، فجعل الشفعة فى البيع الأول الثابت وترك الإقالة للشك.

قال أشهب: سواء كان البائع المستقيل أو المشترى.

ولو سلم الشفيع الشفعة ثم استقال المشترى فأقاله البائع:

قال محمد: للشفيع الأخذ من البائع؛ لانقطاع التهمة عنه فتكون الإقالة بيعا؛ كما لو ولاه غيره، للشفيع الشفعة على من شاء منهما.

قال أشهب: القياس: إذا استقال البائع المشترى فأقاله بغير زيادة ولا نقصان فى الثمن من قبل تسليم الشفيع الشفعة - أن للشفيع الأخذ ممن شاء منهما.

ولكن الاستحسان فيه: ألا يكون له الأخذ إلا من المشترى؛ لأنه يترك فرارا، وأما الإقالة بزيادة أو نقصان، فله الأخذ من أيهما شاء؛ لأنهما بيعان لتغير الثمن.

قال أشهب: ولو قيل: يأخذ فى الإقالة بلا زيادة ولا نقصان صح.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن رأى أن الإقالة لقطع الشفعة، أخذ بعهدة الشراء، أو رأى أن الإقالة لوجه الصحة، فهو بيع حادث يأخذ بأيهما شاء.

ولمالك فى بطلان الإقالة والعهدة على المشترى، أو تصح ويخير فيهما - قولان.

وفى الجلاب: إذا استقال المشترى لا تسقط الإقالة الشفعة، وهل عهدته على المشترى والإقالة باطلة؟ أو يخير بين البائع والمشترى؟ روايتان.

قال شارح الجلاب: لأن العقد أثبت حقه على المشترى، فالإقالة بعد ذلك لا تؤثر، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة؛ لأنها ليست بيعا ههنا؛ لاتهام المشترى فى الهروب من العهدة.

قال الأبهرى: معنى هذه المسالة: إذا قصد بالإقالة قطع الشفعة فالإقالة باطلة، ويأخذ من المشترى والعهدة عليه، وأما إن لم يرد بها ذلك، صحت، وأخذ إما بالصفقة الأولى والعهدة على المشترى، أو بالثانية والعهدة على البائع؛ لأنه صار مشتريا، فإن سلم الشفيع شفعته صحت الإقالة، وتردد الروايتين على صحة الإقالة وعدمها، ويأخذ فى الشركة والتولية؛ كما يأخذ فى ابتداء البيع.

نظائر: قال أبو عمران: الإقالة بيع إلا فى ثلاث مسائل:

فى الشفعة.

والمرابحة.

والإقالة فى الطعام.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يحضر الشفيع الثمن، انتظر إلى ثلاثة أيام.

قال التونسى: اختلف فى تأخير المشترى، فظاهر المدونة: لا يؤخر فى النقد.

وعنه: يؤخر إلى الثلاث.

وإذا تلوم فى النقد فلم يأت:

قال أشهب: يباع الشقص وغيره فى الثمن.

وقيل: يرجع إلى ربه.

والأشبه: تخيير المأخوذ منه، إن شاء أخره على أخذ الثمن منه؛ لأنه قد اشترى منه فهو مطلوب بالثمن، وإن شاء لم يرض بالبيع منه، وإنما له الأخذ بالشفعة بشرط مجيئه بالثمن فى هذه المدة، وهى مدة التلوم ثلاثا.

قال ابن يونس: قال محمد: إنما يؤخر إلى الثلاث إذا أخذ، أما إذ وقفه الإمام، فقال: أخرونى لأنظر فى ذلك - فلا، بل يأخذ شفعته فى مقامه، وإلا فلا شفعة له.

وقال مالك: يؤخره الإمام إلى الثلاث ليستشير وينظر.

قال محمد: وإن وقفه غير الإمام، فذلك بيده حتى يوقفه الإمام، وإذا أخذ وأخر بالثمن فمضت الثلاث ولم يأت بالثمن، فالمشترى أحق؛ لعجز الشفيع. وإن أخذ أو أخر ليأتى بالثمن، ثم يبدو له ويأبى المشترى أن يقبله - لزمه الأخذ، وإن لم يكن له مال، بيع عليه ما شفع فيه، وحصته الأصلية، حتى يوفى المشترى إلا أن يرضى المشترى بالإقالة.

قال اللخمى: للمشترى القيام على الشفيع فيأخذ أو يترك، وإلا رفعه إلى السلطان فألزمه مثل ذلك.

واختلف إذا كان الثمن مؤجلًا:

قيل: كالأول.

وقيل: يمهل إلى الثلاث، قاله مالك.

وعنه: إلى العشرة.

وعن أصبغ: الخمسة عشر إلى العشرين بقدر الشقص وما يحتاج من جمع

المال، و الشهر إن رأى ذلك الحاكم، وإذا أخذ ولم يأت بالمال، خير المشترى بين إمضاء الأخذ ويباع ذلك الشقص وغيره فى الثمن، أو يرد.

وكذلك إن شرط عليه الثمن لذلك الأجل ولم يزده عليه، أما إن شرط عليه إن لم يحضره فلا شفعة فعجز وسلم، لم يكن للمشترى أن يسلمه ليباع عليه فى الثمن؛ لسقوط الحق عنه بالتسليم.

وفى الجواهر: لو طلب المهلة ليتروى، ففى وجوب إسعافه لذلك خلاف، ويملك الشفيع تسليم الثمن وإن لم يرض المشترى، ويقضى له القاضى بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ وبقوله: أخذت وتملكت، ثم تلزمه إن علم بقدر الثمن، وإلا لم يلزمه.

وفى النوادر: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشترى.

قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع قد دفعه للبائع، وعلى المشترى قبض الشقص، فإن كان المشترى حاضرا ولم يدفع الثمن، دفع الشفيع الثمن للبائع، وعلى المشترى قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع، والعهدة فى ذلك كله على المبتاع.

فإن غاب المبتاع قبل أن ينقد، فمنع البائع الشقص لأجل الثمن:

قال ابن القاسم: ينظر السلطان.

وقال أشهب: إن عرفت غيبته كتب إليه أن يقدم ليكتب عليه العهدة، وإن بعدت، قضى للشفيع بشفعته، وللبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قد قبضه أخذه الإمام من الشفيع فوقفه للمبتاع، وكتب عليه العهدة، فإن قدم أشهد بذلك على نفسه، فإن مات فالعهدة على تركته.

قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بالشفعة فأبى من أخذ الثمن، فأرى أن يحكم له بها، وتكتب العهدة على المبتاع، ويأخذ الثمن فيوقفه له، وقد برئ منه الشفيع.

وفى الموازية: إن قبض المبتاع الشقص وسكنه، ثم مات وقام غرماؤه وقام البائع بالثمن وقام الشفيع فالبائع أحق بالثمن من غرماء المشترى.

قال محمد: وإنما ينبغى أن يكون هذا فى الفلس لا فى الموت.

قال محمد: ولو فلس المبتاع فالشفيع أحق بالشقص ويدفع الثمن للبائع لثبوت

حقه بالعقد.

فرع: فى شرح الجلاب: إذا اشترى حظ ثلاثة رجال فى ثلاث صفقات، فللشفيع أخذ ذلك بأى صفقة شاء، فإن أخذ بالأولى، لم يكن للمشترى الأول شفعة؛ لعدم بقاء شركته، أو بالثانية فالأول فى الثانية وما بعدها بقدر حصته فيما اشتراه، أو بالثالثة استشفع بالأولى والثانية، فإن كانت الصفقة واحدة فليس له أخذ بعضها؛ لتضرر المشترى بتفريق الصفقة.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذ ولم يقبض حتى انهدمت، فالضمان من الشفيع؛ لانتقال الملك.

فرع: فى الكتاب: لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنه من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من بئر أو عين، ولا يحط الشفيع لذلك شيئا من الثمن؛ لئلا تتفرق الصفقة، ولا ضرر عليه؛ لأنه يخير: إما يأخذ بجميع الثمن أو يترك.

وكذلك لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو يوسع فيه: فإما أخذه مهدوما مع نقضه بالثمن، أو يترك لئلا يتضرر المبتاع بغير عوض يحصل له. ولو هدم ثم بنى، يأخذ الشفيع بالثمن وقيمة ما عمر، وإلا فلا يقام الضرر، ولو هدمها وباع النقض، ثم استحق رجل نصفها وقد فات النقض عند مبتاعه، فإن لم يجز المستحق البيع فى نصيبه، أخذ نصفها ونصف ثمن النقض بالاستحقاق، وله بقيتها بالشفعة، فإن أخذه قسم ثمن نصف الدار على قيمة نصف الأرض وقيمة نصف النقض يوم الصفقة، ثم أخذ نصف الأرض بما ينوبه ولا ينظر إلى ثمن ما باع منه، وأما ما قابل ذلك من النقض، فلا شفعة فيه؛ لفواته، وثمنه للمبتاع، ولو وجد المستحق النقض لم يبع، أو بيع وهو حاضر لم يفت - فله نصفه مع نصف العرصة بالاستحقاق، وباقيها بالشفعة، ولا يضمن المبتاع فى الوجهين هدمه، وإن امتنع من أخذ ما يستحق من الدار مهدوما، فله الرجوع على البائع بالثمن الذى باع به حصته، ولو هدم الدار أجنبى وأتلف النقض، فلم يقم المبتاع حتى قيام المستحق واستشفع - فله الشفعة فيما بقى بحصته بالتقويم(1)، ثم يفض الثمن على قيمة ما هدم وما بقى فيأخذه بحصته، ثم يتبع المشترى الهادم بنصف قيمة ما هدم، ويتبعه المستحق بمثل ذلك.

---

(1) فى ط: بالتقديم.

ولو ترك المبتاع للهادم قيمة ما هدم، فللمستحق طلب الهادم بنصف قيمة ذلك من النصف المستحق، وتسقط عنه حصة المبتاع، وإن كان الهادم عديما اتبعه المستحق دون المبتاع.

ولا ضمان على الموهوب فى الدار الموهوبة كالمشترى، ولو وهب الدار مبتاعها ثم استحق نصفها أخذ باقيها بالشفعة، وثمن النصف المستشفع للواهب، بخلاف من وهب شقصا ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعا قيمته للموهوب إذا أخذه الشفيع. ومن وهب أمة ثم استحقت بحرية أو أنها مسروقة، فما رجع به من ثمنها فللواهب دون الموهوب.

قال التونسى: إذا باع النقض وكان قائما، فأحسن الأقوال أنه لا شفعة إلا بأن ينقض بيع النقض ويأخذه؛ إذ هو قادر على ذلك، وليس له أخذ العرصة بما ينوبها من الثمن مع وجود النقض.

فإن رضى المشترى بذلك، قيل: لا يجوز؛ لأنه أخذ العرصة بثمن مجهول لما كان قادرا على أخذ النقض.

فإن عرف ما ينوب النقض من الثمن وما ينوب العرصة، قيل: لا يلزم ذلك البائع للنقض؛ لأنه إنما رضى ببيع برخص لبقاء الأصل، فإذا أخذ فلا يرضى بثمن النقض فالقول له، فإن رضى البائع للنقض بذلك، قيل: ذلك جائز، وهو بين؛ لأنه كمن راضاه على أخذ بعض ما له من الشفعة ويسلم بعضها، فأما لو أجاز المستحق بيع نصيبه من النقض فى نصيبه الذى استحقه، وأخذ النصف الآخر مع نصف العرصة بالشفعة دون الأنقاض - يخير المشترى فى النصف المستحق من النقض.

فإن قيل: لم جعلتم له الخيار، وهو لو استحق عليه نصف النقض لم يكن له خيار؟

قلنا: لأن المستحق ههنا لنصف النقض قادر على إجازة جملة المستحق، والمأخوذ بالشفعة إذا أخذ فليس له أخذ النقض؛ كمن اشترى جملة سلعة بالصفة، ليس له إمضاء بعضها دون البعض إلا قولًا لأصبغ، فإن فات النقض فى يد المشترى، فله نصف ثمنه فى النصف المستحق ويفض الثمن على قيمة القاعة يوم البيع، وعلى النقض منقوضا، ويحط من ذلك ما قابل النقض فى نصف الشفعة، ويأخذ القاعة بما ينوبها، وجعلت ذلك كسلعة جمعت مع النقض فتمضى بما ينوبها

من الثمن، قال محمد: إنما يحسب الأقل مما أخذ من ثمن النقض، أو ما ينوب ذلك من الثمن، وفيه نظر؛ لأنه جعل المشترى إذا باع النقض بأقل مما ينويه من الثمن منقوضا كما إذا نقض عنده، فلما لم يحاسب بها إذا هلكت، وكذلك إذا أخذ فيها من الثمن مثل نصف قيمتها قبل، وكان يجب إن باعه بأكثر مما ينوبه من الثمن أن يحط ذلك عن الشفيع أيضا؛ لأنه إذا لم يخسر لم يربح، وإنما ضمنه ابن القاسم بقدر ما ينوبه من النقض؛ لأنه لو وهب النقض عنده فانتفع به الموهوب وأفاته، فض الثمن، ولم يكن ذلك مثل هلاكها عنده؛ لأن هلاكها عند الموهوب بأمر من الله تعالى.

ورأى أشهب أن ثمن الأنقاض يؤخذ بالشفعة لما كانت فى حكم المبيع، وأنها لو هلكت بأمر من الله تعالى لأخذ الشفيع من الثمن، وكذلك لو بناها بنقضها لكان عليه فى النصف المستشفع قيمة البناء قائما، وحط عنه قدر ما ينوب النقض من العرصة يوم البيع، وأما فى النصف المستحق فله قيمة البناء قائما، وعليه نصف قيمة النقض يوم بنائه؛ لأن ذلك اليوم أفاته، وإذا هدم الدار فبناها بنقضها فجاء مستحق لنصفها، أخذ منه نصف قيمة النقض المستحق يوم بنائه، وقيل له: ادفع قيمة نصف البناء قائما، فإن امتنع: قيل للمشترى: ادفع إليه قيمة القاعة، فإن فعل فأراد أن يأخذ النصف الثانى بالشفعة، فض الثمن على قيمة النقض منقوضا وقيمة العرصة يوم البيع، يأخذ بذلك وبقيمة نصف البناء قائما على مذهب من رأى أنه إذا باع فإنه يستشفع، ولا تسقط شفعته.

وأما من قال: إذا باع الشقص الذى يستشفع بعد وجوب الشفعة، سقطت شفعته له ههنا.

وإذا جنى على الدار رجل فهدمها، ثم لم يؤخذ، وجاء الشفيع – فما قابل نصفه من ذلك اتبع به الهادم، وما قابل النصف المستشفع، فذكر فى كتاب محمد: أن الشفيع إذا أخذ فض الثمن على قيمة النقض منقوضا، وعلى قيمة العرصة فيأخذ ذلك الشفيع بما ينوبه من ذلك، ويتبع به المشترى الهادم بقيمة ذلك، فإنها كالبيع سواء، ولا يشبه ذلك بالبيع؛ لأن البائع إنما باع مهدوما، وما أحدث هو من الهدم لا يضمنه فلم يحسب عليه؛ فالجانى ههنا متعد فى الهدم، وهو يتبع بما هدم قائما، فكيف يربح المشترى؟

وأما محمد: فجعل الشفيع يأخذ بجميع الثمن إذا لم يقدر على الأخذ من الهادم.

وهو أبين؛ لأنه إذا لم يقدر على الأخذ منه، لم ينتفع المشترى بشيء، فأشبه الهدم من السماء، والبناء يفيت البيع الفاسد، فإن فات النقض عند المشترى أخذ الشفيع بالقيمة، فإن لم يعلم وأخذه بالبيع الفاسد، رد ذلك إلا أن يفوت عند الشفيع، ويكون عليه الأقل من قيمته يوم قبضه هو أو القيمة التى وجبت على المشترى؛ لأنه لا يقدر على رده لفواته عنده.

فإن قال: فإنى لا آخذ بالشفعة، رد قيمة ما قبض، وإن أخذ بالشفعة، أخذ بمثل القيمة التى وجبت على المشترى، ولو كان أخذ الشقص بالشفعة قبل فواته، لرد إن لم يفت عنده، فإن فات عنده، فعليه الأقل كما تقدم.

فإن كان الأول اشترى بمائة على أن أسلف عشرة وأخذه الشفيع بمائة، فله رده، وإذا رده انفسخ الأول.

وكذلك إن اشترى سلعة بمائة على أن أسلف عشرة الشفيع، وقال: اشتريتها بمائة فباعها على ذلك، فإن رضى المشترى بالمائة أخذها وإلا ردها، فإن فاتت فعليه قيمتها ما لم تزد على المائة أو تنقص عن التسعين.

وقيل: تقوم العشرة السلف، فإن كان قيمتها خمسة كان ثمنها خمسة وتسعين، فلا ينقص من ذلك ولا يزاد على المائة، وهذا البيع الثانى ليس ببيع فاسد، بل بيع تدليس؛ كالكذب فى المرابحة.

وتقويم السلف أوجه؛ لأنه متى لم يقوم السلف وكانت قيمتها تسعين أضر ذلك بالمشترى؛ لأنه يقول: أخرجت مائة، وإنما دفع إلى عشرة لأردها، فأنا لى فيها الانتفاع، فهو الذى يحط من المائة، وإذا تمسك بها المشترى، كان ذلك فوتا للبيع الفاسد؛ لصحة العقد الثانى؛ كمن اشترى شراء فاسدا فباع ودلس بعيب فرضى المشترى بالعيب. وإذا اشترى شقصا بعبد، فأخذ الشفيع بقيمة العبد ثم استحق - رجع بائع الشقص على مشتريه بقيمة شقصه، فكان ثمن شقصه ستين، فلا تراجع بينهم عند ابن القاسم؛ لأن أخذ الشفيع تفويت، وقد مضى الحكم بأخذه بالقيمة، وكذلك لو كان قيمة الشقص أربعين.

وقال عبد الملك: إن كانت قيمة الشقص ستين، فالآخذ مخير: إن شاء أدى عشرة تمام قيمة الشقص، أو يرد الشقص فيرجع إلى بائعه.

وإن كانت قيمته أربعين، استرجع عشرة؛ لأنه قد كشف الغيب أن قيمته هو ثمنه فيه.

وأما حنطة بعينها فاستحقت قبل أخذ الشفيع، انتقض البيع ولا شفعة، وهو الأشهر.

وفى كتاب محمد: يؤتى بمثل الطعام.

وفى المدونة: لم يرد وغرم مثل طعامه.

وقال محمد: يغرم مشترى الشقص.

وتأول بعض الناس أن الشفيع هو الذى يغرم مثل الطعام؛ فإن بائع الشقص بمثل الطعام، بخلاف استحقاق الطعام قبل أخذ الشفيع، وكأنه يرى أنه لما فات بالأخذ وكان لا بد من إتمام البيع فيه، كان غرم مثل الطعام أهون [من][1] غرم قيمته.

وفى هذا نظر؛ لأن الطعام لا يخلو أن يكون لا يراد بعينه فيشبه الذهب فيؤتى بمثله قبل أخذ الشفيع أو بعده.

وفى النوادر: لو تصرف المبتاع فى رقيق الحائط ووهبهم، فهو كالبيع، يأخذ الحائط بحصته من الثمن، وأما فى الموت، إما أن يأخذ بجميع الثمن أو يدع، قاله ابن القاسم.

قال أشهب: لو اشترى أشقاصا فانهدم بعضها، فلا يأخذ إلا الجميع بجميع الثمن أو يترك، انهدم أو هدمه المشترى.

ولو باع المبتاع حصته من رقيق الحائط وآلته، ليس للشفيع تسليم بيع الرقيق وآلته وأخذ الشقص من الحائط؛ لأنه بيع بثمن مجهول إلا أن يفوت ذلك الرقيق، وكذلك النقض مع العرصة، ولو باع المبتاع الشقص بأقل من ثمنه، فقال الشفيع: أسلم بيع النقض وآخذه من مبتاعه بالشفعة - امتنع؛ لأن تسليم بيع النقض يصيره شريكا لمبتاع النقض فى نقض مفرد، ولا شفعة فى النقض المفرد.

قال ابن عبدوس، وغيره: إذا اشترى نصيبك من ثمرة فلم يأت الشفيع حتى فاتت، فلا شفعة، أو باع[2] منها يسيرا بخمسة دراهم أو نحوها، فالشفيع أحق بما أدرك منها.

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: وباع.

وفى الجواهر: لا يحط الشفيع لأجل هدم شيئا، وكذلك لو سكن حتى تهدم البناء.

تمهيد: تتصور هذه المسألة، وإن كان التصرف بغير علم الشفيع غصبا، وإنما يبنى ويغرس بعد القسم، وحينئذ لا شفعة، وقد صورها فى صور وقعت فيها القسمة بعد الشراء من غير إسقاط شفعة، منها:

أن يكون الشفيع غائبا فيطلب المشترى القسمة فيقاسمه القاضى على الغائب.

أو يكون المشترى كذب فى الثمن فترك الاستشفاع ثم تبين له فطلب.

أو يكون أحد الشريكين غائبا ووكل فى مقاسمة شريكه ولم يأخذ بالشفعة.

أو يكون الشفيع غائبا وله وكيل حاضر على التصرف، فباع الشريك فلم ير الوكيل الأخذ وقاسم، أو يقول: استوهبته لغير ثواب ثم تبين خلافه.

فرع: فى الكتاب: إن زرع المشترى الأرض، أخذها الشفيع، والزرع للزارع، ويؤدى قيمة الشجر والنخل قائما مع ثمن الأرض، وإلا فلا شفعة له؛ نفيا للضرر ولأنه غرس بشبهة.

ولا كراء للمستحق فى الزرع، إلا أن يكون فى إبان الزراعة فله كراء المثل، وإن استحق نصف الأرض وأشفع، فله كراء ما استحق إن قام فى الإبان؛ لبقاء المنفعة، ولا كراء له فيما أشفع.

وإن ابتاع أرضا بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف الأرض وأشفع، بطل البيع فى النصف المستحق، وفى نصف الأرض لانفراده بغير أرض، ويرد البائع نصف الثمن، وله نصف الزرع، وإن أخذ الشفيع نصف الأرض لم يشفع فى نصف الزرع، وإن لم يأخذ خير المبتاع بين رد ما بقى بيده وأخذ الثمن لذهاب ما له بال من الصفقة، وبين التمسك بنصف الأرض ونصف الزرع، ويرجع بنصف الثمن لأنه حقه.

فى التنبيهات: قوله: «إذا اشترى أرضا بزرعها أخضر»، إلى قوله: «ولا يشفع فى نصف الزرع»، هو فى أكثر النسخ.

قال الأصيلى: ولم يقرأها: «إسحاق»(١)، وهو قوله: «ويرد الزرع كله إلى

(١) فى ط: استحق.

بائعه»، ونظر قيمة الزرع من قيمة الأرض، فإن كان ربع قيمة الثمن، فللمستحق أخذ نصف الأرض بالشفعة بربع الثمن ونصف الربع؛ لأن الزرع إذا بيعت الأرض لا يتبعها إلا أن يشترط، فهو غير الأرض، وكذلك قسمت القيمة بين الأرض والزرع؛ ألا ترى: لو بيعت الأرض بزرعها صغيرا فاستحقت كلها من غير شفعة، فالزرع كله للبائع، والثمن كله للمشترى.

وفى كتاب محمد: يرجع الزرع كله للبائع وهو غلط.

والصواب: تمسك المشترى بنصف الزرع المقابل لنصف الشفعة؛ لأنه لم ينقض فيه البيع؛ لأن الأخذ بالشفعة بيع جديد، وعليه حملوا مذهب المدونة.

وسحنون يرى: أن استحقاق الأرض وفسخ البيع فى المستحق منها ويبقى الزرع، كصفقة[1] جمعت حلالا وحراما، وكرجل باع أرضا وزرعها الذى لم يبد صلاحه من آخر فى صفقة – فإنه يفسد كله.

واستدل شيوخنا من قوله فى الكراء المستحق فى الزراعة: أن مشترى الشقص إذا أكراه لمدة طويلة ثم استشفع: أن الكراء للمكترى إلى مدته، ويخير الشفيع بين الرضا بذلك كعيب حدث، أو يترك الشفعة، أفتى به ابن مغيث، وغيره من فقهاء «طليطلة» وأفتى ابن عتاب وغيره من فقهاء «قرطبة» أن له فسخ الكراء؛ لقوله فى الاستحقاق: أن للمستحق فسخ الكراء.

ولابن عتاب – أيضا – إن أكرى عالما بالشفيع، فسخ إلا فى المدة اليسيرة كالشهر، بخلاف الطويلة، إلا أن يكون المكترى زرع فحتى يحصد، وإن لم يعلم لم يفسخ إلا فى المدة الطويلة بخلاف سنة ونحوها؛ لقوله فى كتاب «الجعل» فى كراء الوصى أرض يتيمِهِ لمدة فتعجل احتلامه.

قال صاحب النكت: إذا استحق نصف الأرض وأخذ النصف الآخر بالشفعة، للمشترى أخذ الزرع المقابل للنصيب المستشفع به؛ لعدم نقض العقد فيه، وعهدته على المشترى.

وقال محمد: يبطل البيع فى الزرع كله ويرد للبائع.

والأول أصوب.

---

(١) فى ط: لصفقة.

قال ابن يونس: قال محمد: لا يأخذ مستشفع الأرض إلا بزرعها، ولا النخل إلا بما فيه من الطلع؛ لأن الشفعة بيع من البيوع، ولايحل بيع الأرض واستثناء ذلك للبائع.

وقال أشهب: إذا أراد الأخذ أخذها بما فيها من البذر بثمن الشقص وقيمة الزرع على الرجاء والخوف، وإلا فلا شفعة له، فإن برز الزرع من الأرض فلا شفعة فيه.

وقال محمد: بل يأخذها إذا لم يبرز زرعها بالثمن وقيمة ما أنفق فى البذر والعلاج، وإن استحق نصف الأرض ونصف الزرع الأخضر فالشفعة فيهما، ولا يأخذها بغير زرعها.

قال أشهب: وهو كآلة الحائط ورقيقه، ومن قال خلاف ذلك فهو غير صواب، ورواه عن مالك.

ولم يختلف قول ابن القاسم إذا اشترى الأرض بعد بروز الزرع وبعد إبار الثمرة - أن الشفعة فى الجميع.

ولم يختلف - أيضا - قبل البروز والإبان: أن ذلك للشفيع، ويغرم الثمن والنفقة.

وإن كره المشترى بقية الصفقة لكثرة ما استحق:

قال ابن القاسم: يبدأ بتخيير الشفيع، فإن لم يشفع خير المشترى.

وأشهب يبدأ بتخيير المشترى، فإن تماسك ففيه الشفعة.

وأنكر ابن عبدوس قول أشهب فى الزرع: «الشفعة كآلة الحائط»، وقال بقول ابن القاسم: لا شفعة فى الزرع.

وفرق: بأن الزرع ليس مما يقوم الأرض.

وفى النوادر: قال أصبغ: لو حفر فى الدار بئرا فلم يخرج الماء فسرب سربا فلم يجد الماء، لم يكن على الشفيع فى ذلك شىء، وإنما عليه فيما هو زيادة فى الدار.

قال ابن القاسم، وأشهب: إن اشترى وَدِيًّا صغارا فقام الشفيع وقد صارت بواسق، فله الشفعة بالثمن.

قال محمد: وله الثمرة إن لم تتبين، وعليه قيمة السقى والعلاج، فإن استغلها سنين فإنما على الشفيع السقى فى السنة التى قدم فيها إن لم تيبس ووجبت له شفعته.

وقال سحنون: ليس عليه غرم شىء إلا الثمن؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه، ولا يرجع بشىء مما أنفق مما ليس بقائم فى النخل.

نظائر: قال العبدى: تؤخذ الثمرة فى خمس مسائل:

فى الشفعة، والمستحق مع الأرض إلى اليبس، فإذا يبست فلا يأخذانها، وكذلك إذا تولدت بعد الشراء، وترد فى الفاسد، والرد بالعيب ما لم تطب، فإذا طابت فللمبتاع، وتؤخذ فى الفلس ما لم تزايل الأصول.

فرع: فى الكتاب: إذا استحق نصف النخل بعد أن أبرها المبتاع وعمل وفيها بلح أو ثمرة مزهية لم تيبس، أخذ الأصل بثمرته، وللمبتاع قيمة سقيه وعلاجه فى المستحق، واستشفع، وإن لم يستشفع فذلك عليه فيما استحق فقط، فإن أبى أن يغرم فليس له أخذه وليرجع إن شاء بالثمن على البائع، ويجيز البيع، وإن أقام بعد يبس الثمرة أو جذاذها، لم يشفع فى الثمرة بل فى نصف الأصول بنصف الثمن، ولا يحط عنه شىء للثمرة؛ لأنه لم يكن لها يوم البيع حصة من الثمن.

وقيل: إن قام الشفيع وقد أبرت الثمرة.

وأباه مالك؛ قياسا على العارية بجامع الضرر فى الدخول. وإذا ابتاعها مأبورة أو مزهية فاشترطها، فله نصفها ونصف ثمرتها بالاستحقاق، وللمبتاع قيمة ما سقى وعالج على المستحق، وله على البائع بقية الثمن، وللمستحق الشفعة فى النصف الثانى بثمرته ما لم تيبس، وعليه قيمة العلاج أيضا، وبعد اليبس لا شفعة له؛ لعدم الضرر، ولاستغنائها عن الأصل، بل يأخذ الأصل – فقط – بالشفعة بحصته من الثمن بقيمته من قيمة الثمرة يوم الصفقة؛ لأن الثمرة وقع لها حصة.

ومن ابتاع نخلا لا ثمر فيها أو ثمرا أبر أم لا، ففلس رب النخل، ثم حل بيعها – فالبائع أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ إلا أن يعطيه الغرماء الثمن بخلاف الشفيع.

ومن ابتاع أرضا بزرعها الأخضر، ثم قام شفيع بعد طيبه، فإنما له الشفعة فى الأرض دون الزرع بحصتها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على غرره يوم الصفقة؛ لأن له حصة من الثمن فى الصفقة، وليس كنخل بيعت وفيها ثمر لم يؤبر، ثم قام الشفيع يوم اليبس، لا شىء له فى الثمرة ولا ينقص من الثمن؛ لأنها لم يكن لها حصة فى العقد ولأن النخل إذا بيعت وفيها طلع لم يؤبر فاستثناه البائع، امتنع استثناؤه، والأرض إذا بيعت بزرع لم يبد صلاحه، فهو للبائع فافترقا. ولو كانت

الثمرة يوم البيع مأبورة وقام بعد يبسها، لسقط عنه حصتها من الثمن، فظهور الزرع من الأرض كإبار الثمرة فى هذا، وفى أن ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فيصير له بالاشتراط حصة من الثمن، ولم يكن للشفيع فى الزرع شفعة؛ لأنه غير ولادة، والثمر ولادة، فيشفع فيها قبل اليبس.

فى التنبيهات: قوله: إذا اشترى النخل فى رءوسها ثمر أزهى، أشفع فيها الشفيع إن أدركها.

قال: وبعضهم فرق بينهما إذا اشتراها مع الأصل، فقال: يأخذها ما لم تجذ، فإذا اشتراها بغير أصل أشفع فيها ما لم تيبس، وعلى هذا تأول مذهبه فى الكتاب.

وقال آخرون: اختلاف من قوله فى الوجهين، فمرة يقول فى الوجهين: حتى تيبس، ومرة يقول: حتى تجذ، وظاهر اختصار ابن أبى زمنين، وابن أبى زيد، وغيرهم التسوية بين هذه الوجوه، وأن الشفعة فيها ما لم تيبس، لكن ابن أبى زمنين قال: وفى بعض الروايات: فإن كان بعد يبس الثمرة وجذاذها، فنبه على الخلاف فى الرواية بما ذكره لا غير.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الودِى - بكسر الدال المهملة - وهى الصغار التى تنقل وتغرس، باعها وقد أبرت فأكله المشترى الثانى ثم أتى المستحق فاستحق نصف الأصول، فإن الثمرة ههنا ينبغى أن تكون للمستحق ولا تكون للأول ولا للثانى؛ لأن الأول لم تصر غلة عنده، ولأن الثانى لم تتكون عنده، ولا يصح أن يعطاها بحصتها من الثمن فتصير كبيع لها قبل بدو صلاحها، ولا يصح أن يأخذها ويرجع بالثمن فيصير أخذ الثمن والثمرة، وإذا لم يأخذاها(١) أخذها المستحق فى المواضع التى يغرم المستحق السقى والعلاج.

وإن كان البائع من هذا المشترى قد تقدم له سقى وعلاج، غرم ذلك لهما جميعا إذا لم يكن البائع من هذا المشترى غاصبًا.

فرع: فى الكتاب: إذا أقر أنه اشترى من فلان الغائب، لا يأخذ بالشفعة إلا ببينة على الشراء؛ لأن الغائب قد ينكر فيأخذ داره ويرجع على المشترى بالأجرة إلا أن يقضى قاض بإقراره فيبطل حقه فى الغلة.

---

(١) فى ط: يأخذها.

فرع: فى الكتاب: تجوز شهادة النساء فى الوكالة على الأموال، بخلاف الوكالة على الأبدان، وتجوز شهادتهن على الأخذ بالشفعة أو تسليمها، أو على أنه شفيع، أو على المبتاع أنه أقر أن فلانا شفيع؛ لأن ثمرة هذه الشهادات أموال.

فرع: فى الكتاب: يجوز للشفيع أخذ بيت بما ينوبه من الثمن يصطلحان على ذلك.

قال ابن يونس: يريد أنه علم قبل التسليم بما ينوبه من الثمن وإلا فلا يجوز له؛ لأنه شراء بثمن مجهول إلا على مذهب من يجيز جمع سلعتين فى البيع.

فرع: فى الجواهر: ليس للشفيع غلة دار أو أرض أو ثمرة نخل قبل قيامه؛ لأن الغلة بالضمان، والمشترى ضامن [و][(١)] مالك.

فرع: قال: لو وجد المبتاع بالشقص عيبا فأراد رده على البائع قبل أخذ الشفيع، فذلك له، وكذلك إن وجد البائع بالعبد الذى هو عوض الشقص عيبا، فأما بعد أخذه فلا؛ لئلا تبطل صفقتهم، ثم هل الأخذ بقيمة العبد أو الشقص؟ قولان: الأول لابن القاسم، والثانى لعبد الملك، وسحنون.

فشبهه[(٢)] ابن القاسم بما إذا كان قائما بيد مشتريه ولم يرده؛ لأن ذلك الأخذ بيع حادث.

ورأى عبد الملك القيمة صارت ثمنا وهى التى قرر المشترى.

وعلى قول عبد الملك: لو كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد، خير الشفيع بين الأخذ بذلك والرد؛ كما لو استشفع على ثمن، ثم تبين أن الثمن أكثر منه.

ولو وجد المشترى بالشقص عيبا بعد أخذ الشفيع، لم يكن له أرش للانتقال[(٣)] بالثمن، فإن رد الشفيع عليه رد هو على البائع، ولو اطلع على عيب قبل أخذ الشفيع وقد حدث عنده عيب يمنع الرد فأخذ أرشه فذلك الأرش يحط عن الشفيع.

فرع: قال: إذا استحق بعد أخذ الشفيع فهو فوت، ويمضى البيع والشفعة، ولبائع الشقص على مبتاعه قيمته أكثر من الثمن أو أقل، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع.

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: فشبه.
(٣) فى ط: آرش الانتقال.

وقال سحنون: إن غرم أقل رجع عليه بما بقى، أو أكثر خير الشفيع بين غرم الزائد أو رد الشقص، وإن كان الثمن مكيلا أو موزونا واستحق بعد أخذ الشفيع رجع البائع بمثل ذلك.

وقال سحنون: يرجع بقيمته؛ لفواته، وإن خرج ثمن الشفيع مستحقا لزمه الإبدال، ولم يبطل ملكه، وكذلك الزيوف.

فرع: قال: إذا ساوى الشريكان بمجلس الحاكم وزعم كل أحد(١) أن شراء الآخر متأخر وأنه الشفيع - صدق كل واحد منهما فى عصمة ملكه عن الشفعة، فإن تحالفا أو تناكلا تساقط القولان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر أخذ الحالف بالشفعة.

فرع: فى النوادر: قال سحنون: إذا ظهر للحاكم فى ثمن الشقص المجاوزة إلى ما لا يشبه وغلب على الظن أنه حيلة لقطع الشفعة، رده إلى ما يشبه، فإن ادعى الشفيع علم الثمن، قضى له به مع يمينه إلا أن يأتى بأقل من قيمة الشقص.

وعن مالك: يصدق المبتاع فيما يشبه بغير يمين، وفيما لا يشبه مع اليمين إلا أن تكون مجاوزة سلطان أو نحوه فيصدق فيما لا يشبه بلا يمين.

ولو أتى المبتاع ببينة فقالت: شهدنا على إقرارهما، رد إلى القيمة فى السرف.

وإن قالت: على معاينة النقد، صدقت، وخير الشفيع فى الأخذ بذلك.

وقال مطرف: يصدق المشترى فى السرف من الثمن.

فرع: قال: إذا أوصى ببيع ما يساوى(٢) ثلاثين من رجل بعشرة ولا مال له غيره، ثم مات ولم تجز الورثة قيل للمبتاع: إن زدت عشرة أجزاء الشقص، فإن فعل أخذ الشفيع بعشرين، وإن أبى قطعوا له ثلث الشقص ولا شفعة، قاله(٣) ابن القاسم، وإنما أعطاه للشفيع بعشرين، وقد حوبى المشترى بعشرة؛ كما لو اشتراه بعشرين فهو للشفيع بعشرين، وكذلك لو باعه فى مرض وحابى المحاباة فى الثلث، ويأخذ الشفيع بذلك الثمن وكذلك فى الصحة إلا أن يبقى ما لا يمكن أن يكون ثمنا لقلته فتبطل الشفعة؛ لأنه هبة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قال البائع بعد البيع: استرخصت فزدنى، فزاده -

(١) فى أ: واحد.
(٢) فى ط: يسوى.
(٣) فى ط: قال.

فلا يلزم ذلك الشفيع بخروجه عن الثمن، وقاله أشهب، وقال: وللمبتاع الرجوع على البائع بالزيادة بعد حلفه: ما زاد إلا فرارا من الشفعة، وإلا فلا رجوع.

وقال محمد: يأخذ الشفيع بالزيادة والتنقيص، ولا يتهم المبتاع أن يزيد إلا بصلاح البيع.

فرع: قال: إذا عقد بدنانير فأعطى عرضا أو العكس، أخذ الشفيع بما حصل للبائع، قاله عبد الملك؛ لأنه الذى تحقق ثمنا.

وقال محمد: الأحسن: الأخذ بما عقد عليه؛ لأن الانتقال صفقة ثانية.

وقيل: بما وقع عليه أصل الشراء أو قيمته إن كان عرضا.

قال ابن عبد الحكم: إلا أن يدفع ذهبا عن ورق، أو ورقا عن ذهب فيما وقع كالمرابحة.

وقال أشهب: إن دفع ورقا أو طعاما عن ذهب أخذ بأقل ذلك.

قال محمد: وهو أحب إلينا.

قال سحنون: إذا أخذ عرضا عن دنانير بقيمة العرض، وقال غيره: بالأقل منهما.

* * *

الباب الثالث

فى مسقطات الشفعة

وفى الجواهر: لسقوطها ثلاثة أسباب:

الأول: الترك بصريح القول.

الثانى: ما يدل عليه؛ كالمقاسمة.

والثالث: السكوت مع رؤية المشترى يهدم ويبنى ويغرس، وقيل: لا يسقطها ذلك.

فرع: فى الكتاب: لا تسقط السنة الشفعة وإن كان عالما بالشراء وشهد فيه، بل يحلف: ما تأخر تركا، فإن جاوز السنة بما يعد به تاركا فلا شفعة.

وقال (ش): غير العالم بالبيع حقه أبدا؛ كالرد بالعيب إذا لم يعلم به، والعالم على الفور.

وأخره ح إلى انقضاء المجلس فقط.

لنا: قوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»[(١)] ولم يعين وقتا.

ولأنه حق له فلا يتعين معجلا كسائر الحقوق من الديون وغيرها.

ولأن المشترى إن تضرر رفع للحاكم.

ولأن فى حصرها فى الفور ضررا على الشفيع بأن يكون معسرا.

ولأنه قد لا يعلم إلا بعدها المشترى فلا يجد قيمة بنائه فينتظر حتى يتيسر له ذلك.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ»[(٢)] فإن أخذها مكانها وإلا

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥) كتاب الشفعة: باب طلب الشفعة، الحديث (٢٥٠٠)، والبزار كما فى نصب الراية (٤/ ١٧٦) كتاب الشفعة: باب طلب الشفعة، والبيهقى (٦/ ١٠٨) كتاب الشفعة: باب فى مسائل الشفعة، والخطيب فى التاريخ (٦/ ٥٧) كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى عن أبيه عن ابن عمر قال: قال النبى ﷺ: «لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحل العقال» ولفظ ابن ماجه «الشفعة كحل العقال».

وقال البيهقى: (محمد بن الحارث البصرى متروك، ومحمد بن عبد الرحمن البيلمانى ضعيف، ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث).

وقال ابن حزم فى المحلى (٩/ ٩١) كتاب الشفعة: باب أحكام الشفعة: (هو خبر مكذوب موضوع) وقال ابن أبى حاتم فى العلل (١/ ٤٧٩) رقم (١٤٣٤): سئل أبوزرعة عن حديث رواه عبيد الله بن =

بطلت.

ولأن عدم الفورية يضر بالمشترى فلا يعمر ملكه ولا يتصرف فيه، ولا سكوته مع اطلاعه رضا فيبطل حقه.

والجواب عن الأول: أنه مطلق فى الأحوال فيحمل على ما إذا وقفه الحاكم، وإذا عمل بالمطلق فى صورة سقط الاستدلال به فيما عداها.

والجواب عن الثانى: أن الضرر مدفوع بالرفع للحاكم.

والجواب عن الثالث: يتروى فى الأخذ أو يحصل الثمن فلا يسقط حقه بغير سبب ظاهر.

نظائر: قال أبو عمران: مسائل السنة أربع عشرة[1].

مسألة الشفعة - على رأى أشهب، وابن القاسم يزيد الشهر والشهرين - واللقطة، والعبد الآبق يحبس سنة ثم يباع، والمجنون تستتم[2] له سنة، والعنين لتمضى عليه الفصول الأربعة، والعهدة للجراح والجنون والبرص، وعدة المستحاضة والمرتابة والمريضة، واليتيمة تمكث سنة فى بيتها قبل اختبارها[3] لزوال الحجر، والجرح لا يحكم فيه إلا بعد سنة من يوم البرء ولتمضى عليه الفصول ويأمن الانتقاض والسراية للنفس، وشاهد الطلاق إذا أبى أن يحلف يحبس سنة، والهبة تصح بحيازة السنة، ولا تبطل إذا عادت ليد الواهب بخلاف الرهن. والموصى بعتقه [و][4] امتنع أهله من بيعه، ينتظر سنة فإن باعوه عتق بالوصية.

فرع: فى الكتاب: إذا كانت الدار بغير البلد فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع به الشفعة، ولا حجة له إلا بنقد حتى يقبضها؛ لجواز النقد فى الربع فى الغائب،

= محمد التيمى المعروف بابن عائشة عن محمد بن الحارث الحارثى عن محمد بن عبد الرحمن ابن البيلمانى عن أبيه عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «الشفعة كحل العقال».

قال أبو زرعة: هذا حديث منكر ولم يقرأ علينا فى كتاب الشفعة وضربنا عليه.

وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص (٣/٥٦): بلفظ «لا شفعة لغائب، ولا صغير، والشفعة كحل العقال» وإسناده ضعيف جدًا.

(١) فى ط: أربعة عشر.

(٢) فى ط: تستتم.

(٣) فى أ: اختيارها.

(٤) سقط فى ط.

والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء، وإن لم يعلم فأولى، ولو كان حاضرا أو[١] سافر بحدثان الشراء سنين كثيرة سفرًا يعلم منه عدم الأوبة إلا بعد مدة الشفعة للحاضر - فلا شفعة له بعدها والآن، فإن عاقه عذر حلف[٢]: ما تركها، وأخذها؛ لأن الأصل: بقاء حقه، واكتراؤك الشقص، ومساومتك إياه للشراء ومساقيك للنخل تقطع شفعتك؛ لأنه ظاهر حالك.

قال صاحب التنبيهات: روى ابن القاسم: السنة تقطعها، فيحتمل مخالفته لروايته فى المدونة، وموافقته لرواية أشهب؛ لأن السنة حد فى الأحكام كما قال، أو موافقته للمدونة، أي: السنة وما قاربها؛ كما قال فى «الرضاع»، و «الزكاة» ونحوهما، قال فى الوثائق: نحو الشهرين بعد السنة.

وقال الصدفى: ثلاثة أشهر.

وقال أصبغ: ثلاث سنين.

وعن مالك: فى أكثر من خمس سنين لأراه طولا.

وعن عبد الملك: عشر سنين.

وعنه - أيضا -: أربعين سنة كأنها من باب الحيازة التى حدها عشر وأربعون سنة بين الأشراك.

وعن مالك: لا تنقطع حتى يوقف أو يصرح بالترك.

وقال ابن وهب: متى علم وترك فلا شفعة.

قال ابن يونس: قوله: إذا تباعد يحلف عنه فى تسعة أشهر أو خمسة، ولا يحلف فى شهرين، وإن كتب شهادته فى الشراء ثم قام بعد عشرة أيام، فيحلف: ما كان ذلك تركا لها، ويأخذ، وقيل: تبطل بمجاوزة السنة بالقريب إلا أن يقول: أنا على شفعتى ويشهد على البائع بذلك؛ فله الشفعة إلا أن يوقفه الإمام فلا يأخذ ويشهد عليه فلا ينفعه.

وعن مالك: لا يقطعها عن الحاضر طول إلا أن يوقفه الإمام أو يتركها طوعا، أو يأتى من طول الزمان ما يدل على الترك، أو يحدث المبتاع بناء أو غرسا أو هدما وهو

---

(١) فى ط: و.
(٢) زاد فى أ: على.

حاضر فتسقط إلا أن يقوم بقرب ذلك.

وعن مالك: الخمس سنين ليست طولا ما لم يحدث المشترى تغييرا وهو حاضر.

وعن أشهب: إذا أحدث المبتاع هدما أو مرمة، انقطعت قبل السنة، وإلا فسنة.

قال ابن عبد الحكم: إذا لم يعلم بالبيع وهو بالبلد صدق ولو بعد أربع سنين، وإن غاب المبتاع بعد الشراء أو اشتراها فى غيبته أو اشتراها وكيله، لم تبطل وإن طالت غيبته؛ لقوله - عليه السلام -: «يُنْتَظَرُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا»(١).

وكذلك إن كان وكيله يهدم ويبنى بحضرة الشفيع ما لم يكن موكلا يدفع الشفعة عنه ببينة عادلة حاضرة علم بها الشفيع فينقطع العذر حينئذ، ولو أراد الأخذ والمبتاع غائب ولا وكيل له، فله، ويوكل الإمام من يقبض الثمن للغائب ويمكنه من هذا.

ولا تبطل شفعته إذا أخر الطلب؛ لصعوبة الرفع للحاكم على كثير من الناس.

قال محمد: فإن أخذها فى غيبته فلا تكتب العهدة على وكيله بل على الغائب؛ لأنه الأصل، ويدفع الثمن لوكيل الشراء إن وكله عالما بأن لها شفيعا، وإلا فلا يدفع له الثمن؛ لعدم توكيله على القبض بل للحاكم، وإنما لا تكتب على الوكيل إذا ثبت أن الدار للغائب، لو يثبت قبل عقد البيع أنه يشترى لفلان، فأما على إقراره فلا؛ للتهمة فى نقل العهدة عنه، بل تكتب عليه، فإن قدم الغائب فأقر، خُيِّر الشفيع فى نقلها على الموكل، ثم لا يرجع على الوكيل فى استحقاق ولا غيره؛ لأنه أبرأه، وبين إبقائها على الوكيل ويتبع فى الاستحقاق أيهما شاء مؤاخذة للموكل بالإقرار فإن غرم الوكيل رجع على الموكل لإقراره.

وقال أشهب: لا يضر الشفيع كراء الشقص من المبتاع ولا مساومته ولا مساقاته؛ لأنه يقول: فعلت ذلك كما يفعله غيرى بحضرتى، وساومته لأعلم الثمن، وكذلك لو حضر وهو يباع فى المزايدة فزايد ثم بيع بحضرته.

قال أشهب: ولو قاسم المشترى الشفيع بطلت شفعته.

قال صاحب الخصال: الغائب على شفعته حتى يقدم، أو يطلب المشترى أن يكتب له القاضى إلى قاضى موضع الغائب بما يثبت له عنده من ابتياعه، فيوقفه عليه القاضى، فيوقف القاضى ذلك الغائب: إما يأخذ أو يترك.

وقيل: لا يكتب السلطان فى ذلك، بل إن أحب المشترى أن يشخص فيرفعه

---

(١) أخرجه من حديث جابر أحمد (٣/٣٠٣)، وأبو داود (٣٥١٨)، والترمذى (١٣٦٩)، وابن ماجه (٢٤٩٤)، والبيهقى (٦/١٠٦).

فيأخذ أو يترك، وليس لغيبته[١] القاطعة عند مالك، بل يجتهد فيها الحاكم؛ فقد لا ينهض الضعيف على البريد.

فرع: قال: والصغير على شفعته حتى يبلغ ويملك أمره، وحتى تنكح البكر، ويدخل بها زوجها، أو تملك أمر نفسها إلا أن يكون لها وصى.

نظائر: قال اللخمى: يسقطها سبعة:

إسقاطه بالقول.

والمقاسمة اتفاقا.

ومضى طول الزمان يدل على إعراضه.

والرابع: إحداث المشترى البناء والغرس و الهدم.

والخامس: خروجه على اليد بالبيع والهبة والصدقة.

والسادس: مساومته أو مساقاته أو كراؤه.

والسابع: بيع الشقص الذى يستشفع به.

والخمسة الخلاف فيها.

وإن لم يعلم بالهبة أو الصدقة، ردها، والثمن للمشترى إن لم يعلم بالشفيع[٢]، وإن علم بالموهوب عند ابن القاسم؛ لأن علمه رضا بذلك وكأنه وهب الثمن.

وقال أشهب: للمشترى؛ لأن الأصل: بقاء ملكه عليه، والخلاف فى الكراء والمساقاة إنما هو فى أقل من سنة، أما السنة فأكثر فيبطلها، ولو اكترى وساقى غير الشفيع، فله رد ذلك.

وعلى القول بأن بيع حصته التى هى سبب شركته وشفعته تسقط إذا باع بعضها: فهل يسقط من الشفعة بقدر ذلك؟

قال: وعدم السقوط أولى لاستواء الجزء القليل والكثير فى الشفعة.

وعن ابن القاسم: للشفيع الغائب إبطال قسمة المشترى من البائع، والأخذ بالشفعة، ولو قسم الحاكم؛ لتقدم حقه على القسم.

وقال سحنون: لا يرد ويأخذه مقسوما؛ كما لو بيع، وإذا دخل على أن له شفيعا

(١) فى أ: للغيبة.

(٢) فى ط: للشفيع.

ليس له طلب القسم، وكذلك إذا كان معه شريك سوى الغائب؛ لأنه يدعو للقسم، بل لشركائه ذلك، ويجمع نصيب الغائب مع نصيب المشترى، ويبقى على حقه فى الشفعة إذا قدر، فإذا جهل القاسم قسم نصيبه للغائب، فللغائب رد القسم؛ لأن من حقه أن يجمع نصيبه[1] مع ما يأخذه بالشفعة.

وقال (ش): للشفيع رد وقف المشترى وتصرفاته إلا تصرفا يستحق به الشفعة، نحو: البيع والإصداق فى النكاح، ويخير الشفيع فى العقود فيأخذ بأيها أحب.

قال: وله فسخ إقالة المشترى ورده بالغيب؛ لتقدم حقه.

قال: وإذا قاسم وكيل الشفيع الغائب فبنى المشترى وغرس، فللشفيع قلع ذلك وأخذه بالقيمة.

وكذلك إذا قاسمه الشفيع لأجل أنه أظهر من الثمن أكثر مما فى العقد.

وقال (ح): يجبره على القلع.

وقلنا نحن، و (ش)، وأحمد: لا يجبره على القلع والهدم.

لنا: قوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعرقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[2].

مفهومه: إذا لم يكن ظالما له الحق، والمشترى ليس بظالم.

ولأن له أن يبيع ويهب؛ فله البناء والغرس.

احتج: بالقياس على البناء فى الرهن من جهة الراهن.

وقياسا على الأرض المستحقة؛ بجامع تقدم الحق على حقه.

وبالقياس على من باع وفعل ذلك قبل التسليم.

والجواب عن الأول: أن الراهن ممنوع من التصرف فى الرهن بخلاف الشفيع.

والجواب عن الثانى: أن الغيب انكشف عن عدم الملك بخلاف الشفعة.

والجواب عن الثالث: أنه بنى فى ملك غيره بخلاف الشفيع.

---

(١) فى أ: نيبه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/١٧٨)، فى الخراج والإمارة والفىء: باب إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذى فى (٣/ ٦٦٢)، فى كتاب الأحكام: باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات (١٣٧٨)، وقال: حديث حسن غريب. والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٩، ١٤٣ - ١٤٨)، والطبرانى فى الكبير (١٧/ ١٤)، وابن أبى شيبة (٧/ ٤٧)، وأخرجه عن عروة مرسلًا: مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) فى الأقضية: باب القضاء فى عمارة الموات (٢٦)، وأبو داود فى المصدر السابق (٣٠٧٤).

وقال (ش): إذا باع نصيبه الذى يستشفع به، لا شفعة.

فرع: فى الكتاب: إذا سلم ثم ظهر قلة الثمن، له الأخذ.

وقال (ش وح): ويحلف: ما سلم إلا لكثرة الثمن.

وإن قيل: ابتاع نصف النصيب فسلم ثم ظهر أنه الجميع، فله الأخذ؛ لأنه قد رغب فى الجميع دون بعضه.

وإن قيل له: المشترى فلان، ثم ظهر أنه مع غيره، له أخذ حصتهما؛ لأنه قد يريده مستقلا لا شريكا.

قال ابن يونس: لا يمين عليه عند أشهب فى كثرة الثمن؛ لظهور سبب التسليم.

فإن قيل له: الثمن قمح، ثم ظهر أنه دراهم أو دنانير - له الأخذ، وإن كانت الدنانير أكثر من ثمن القمح لعذره فى[1] نزل القمح بسبب الكيل والحمل، ويحلف: ما كان إسلامه إلا لذلك.

وأما أخذه بالقمح ثم يطلع على الدنانير، فلا رد له؛ لانتفاء العذر، قال محمد: إلا أن تكون الدنانير أكثر من ثمن القمح بأمر بين.

ولو سلم فى الدنانير أنه قمح، لزمه التسليم إلا أن يكون القمح أقل ثمنا، ولو كان أخذ أولا، لم تلزمه إلا أن يشاء، ولو سلم فى القمح ثم ظهر عدسا أو تمرا أو ما يكال، وقيمة الأول أكثر، فله الأخذ؛ لعذر الكثرة، ولو سلم فى المكيل ثم علم أنه موزون، له الأخذ؛ لأن الوزن أخف ويحلف.

ولو قيل: جارية قيمتها كذا وصفتها كذا، أو بعرض كذلك فسلم أو أخذ، ثم ظهر أنه دنانير، لزمه التسليم والأخذ؛ لأنه يؤدى القيمة ما لم تكن قيمة ذلك أكثر، وكذلك لو سمى دنانير فأخذ وتبين أنه عرض أو حيوان، لزم الأخذ ويدفع قيمة ذلك ما لم تكن القيمة أكثر، وإن سلمته لزم ما لم تكن القيمة أقل.

ولو قيل: بجارية أو عرض ولم يصفه فسلمت، فظهر دنانير، لزمك؛ لأن التسليم مع جهل الثمن لازم.

قال ابن القاسم: إلا أن يذكر ما لا يكون مثله ثمنا لما سمى من الجارية أو العرض لقلته، فلك الأخذ؛ للتهمة.

---

(١) فى أ: فيمن.

ولو قيل: بمائة دينار أو مائة درهم ولم يذكر وزنها، لزمك الأخذ أو الترك؛ لشهرة ذلك.

وإن سمى قمحا بمكيلة ولم يوصف فهو خفيف، فإن أخذ، لزم إن كان بالوسط منه أو دونه، وإن كان بأعلى[١] من الوسط خير بين الأخذ والترك.

ولو قال المشترى: أدِّه الوسط لم يلزمك؛ لما فيه من المنة.

وكذلك، لو قيل: مائة، فأخذت، ثم ظهر مائة وخمسون، فأسقط الخمسين.

ولا يجوز الأخذ إذا قال: بجارية ولم يصف، أو وصف ولم يعرف القيمة، وينقض إن فعل؛ لأنه شراء مجهول، ولا يقر بعد المعرفة؛ لفساد الأصل فى الأخذ.

وفى كتاب[٢] محمد: لا يضر الجهل بالقيمة إذا عرفاه، وأما إذا كانت الشفعة إنما تجب بقيمة الشقص فلا يلزم الأخذ إلا بعد معرفة القيمة.

وقال محمد فى مسألة الكتاب: إذا قيل لك: ابتاع فلان نصف نصيب شريكك له، فسلمت ثم ظهر شراؤه للجميع فلك القيام ولا يلزمك تسليم النصف الذى سلمت أولا؛ لأنك تقول: تركت لبقاء شركته، فلا يندفع ضرره، أما الآن فاندفع.

وقال محمد: بل يلزمك تسيلم النصف نظرا لتسليمك، ولو أخذت أولا النصف، ثم ظهر الجميع، أخذت باقيه، فإن امتنعت خير المشترى فى أخذ النصف أو ترك الجميع؛ نفيا لضرر تفريق الصفقة.

وقال أشهب فيما إذا ظهر أن المشترى اثنان بعد أن سلم بالواحد: يلزمك التسليم وتكون تلك الحصة بين المشتريين؛ لأنهما شريكان فى الشراء، وعهدتك عليهما.

قال محمد: وإذا كانا متفاوضين فليس لك إلا الأخذ منهما أو التسليم لهما، ولو سميا لك.

قال أشهب: ولك الأخذ من أحدهما فقط.

قال محمد: وهذا إذا لم يكونا متفاوضين.

قال محمد: فلو سمى لك زيد فظهر عمرو، لك الأخذ بعد التسليم دون التسليم

---

(١) فى ط: بأعلاه.

(٢) فى ط: كتب.

بعد الأخذ؛ لأن التسليم قد يكون لصداقة فى الأول، فإن لم يسم لك أحد فسلمت ثم تبين، فلك الأخذ؛ لأن تسليمك لم يكن لصفة.

قال اللخمى: اختلف فى الأخذ قبل معرفة الثمن:

فظاهر الكتاب: جوازه؛ لقوله: إذا أشهد، وقبل معرفة الثمن بالأخذ، ثم قال: قد بدا لى - له الأخذ إن أحب، فخيره فى التمسك والفاسد لا يخيره فيه.

وفى كتاب محمد: فاسد، ويجبر على الرد، وفى اشتراط معرفة قيمة ما اشترى به قولان، ومثله الشفعة بقيمة الشقص المشفوع به، فإن كان صداقا أو فى خلع أو دم فعلى القولين، واستحسن - أيضا - ذلك فى كل ما لا تتباين فيه قيمة القسم[1]، وتنقص فيما لا يعلم بفواتها، واستحق فى الطعام يسمى كيله دون وصفه، ويلزم التسليم والأخذ قبل معرفة المشترى.

قال محمد: وإن كان عدوا أو شريرا أو مضارا.

قال: والصواب: له الرجوع إذا تبين أنه على أحد هذه الحالات، ومن يرى أنه لو علم لم يسلم له، وليس كذلك إذا أخذ ثم تبين أنه على ذلك؛ لأن رغبته فى الثانى أولى، وألا يكون شريكا له.

وقال (ش): إذا قال المشترى فى الثمن: آخذ النقدين فسلم فتبين أنه النقد الآخر - له الأخذ؛ لتفاوت الأغراض، وكذلك إذا تبين أنه مؤجل.

قال (ح): إذا سلم لتعذر الجنس الذى بلغه.

فرع: فى الكتاب: إذا أشهد بالأخذ، لزمه إن عرف الثمن والأخذ؛ لأنه قد يظهر ما يرغبه أو ينفره، ومتى سلم بعد البيع فلا قيام له لإسقاطه حقه.

ولو قال المشترى: اشتر، فقد أسقطت شفعتى - فلا تسقط، وقاله (ش).

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا لم يعرف الثمن إلا بعد الأخذ، فسخ؛ لأنه شراء مجهول، وتسليم الشفعة بعد الشراء لازم، وإن جهل الثمن، إلا أن يتبين[2] ما لا يكون ثمنا لذلك.

قال محمد: وإذا سلم الشفيع بعد الشراء فى عقد خيار فى أيام الخيار بعوض أو

(١) فى أ: القيم.
(٢) فى ط: إن تبين.

بغير عوض، لم يلزم، ولو انقضى أجل الخيار لم يجز[١] الرضا بما تقدم؛ لأن الشفعة بيع يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرمه، فإن فسخا ذلك بقاض أو بغيره، استأنفا ما أحبا.

قاعدة: متى كان للحكم سبب أو شرط فأخر عن سببه وشرطه، صح إجماعا، أو قدم عليهما بطل إجماعا، أو توسط بعد السبب، فقولان للعلماء، كالزكاة: سببها: النصاب، وشرطها: الحول.

فتقديمها عليهما لا يجزئ إجماعا، وبعدهما تجزئ إجماعا.

وبعد ملك[٢] النصاب وقبل الحول قولان.

وكفارة اليمين، سببها: اليمين، وشرطها: الحنث، فقبلهما لا تجزئ إجماعا، وبعدهما تجزئ إجماعا، وبعد اليمين وقبل الحنث خلاف.

والقصاص فى النفس، سببه: الجراحة، وشرطه: الزهوق، فالعفو قبلهما لا ينفذ إجماعا، وبعدهما ينفذ إجماعا من الأولياء، وبعد الجراحة وقبل الزهوق لم يقع الخلاف كما وقع فى نظائره، بل ينفذ اتفاقا فيما علمته؛ لأن ما عدا هذه الصورة المكلف[٣] متمكن من استدراك وجوه البر لبقاء الحياة، وههنا لو لم يمكنه الشرع من تحصيل قربة العفو عن دمه لتعذر عليه بموته، وإذن الورثة لموروثهم قبل مرضه المخوف لا يعتبر؛ لأنه سبب زهوق الروح الذى هو شرط فى الإرث، وبعد الزهوق، وينفذ تصرفهم فى التركة اتفاقا، وبينهما لا أعلم أيضا فيه خلافا، ولعله لتحصيل مصلحة الموروث قبل الفوت بالموت، وهو أولى بماله ما دام حيا.

ومنه: إسقاط الشفعة قبل عقد البيع، لا ينفذ؛ لأنه السبب، وبعد العقد والأخذ ينفذ، وكذلك بعد العقد وقبل الأخذ.

فهذه قاعدة شريفة يتخرج عليها فروع كثيرة فى أبواب الفقه، وبها يظهر فساد قياس الزكاة على الصلاة فى امتناع التقديم على الوقت؛ لأن أوقات الصلوات أسباب، والتقديم على الزوال - مثلا - تقديم على السبب، وأما تقدَيم الزكاة على

(١) فى ط: يجر.
(٢) فى ط: ملكه.
(٣) فى ط: المكلفة.

الحول فبعد السبب وقبل الشرط؛ فليس الموضعان سواء.

نظائر: قال أبو عمران: ست مسائل لا يعتبر فيها إسقاط الحق:

الشفعة قبل الشراء، والميراث قبل الموت، وإذن الوارث فى الصحة بأكثر من الثلث، وإذن الوارث إذا كان من العيال فى مرض الموصى، والمرأة تسقط حقها من أيامها لصاحبتها قبل مجيئها، والأمة تختار نفسها قبل العتق، والمرأة تسقط شروطها قبل الزواج.

وقيل: لا شىء لها.

وقيل: لها الرجوع فى القرب.

تفريع:

قال: يجرى فى التسليم قبل الشراء قول؛ قياسا على من قال: إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهى طالق؛ لأنه تصرف قبل الملك.

وقال فيمن جعل لامرأته إن تزوج عليها، فأسقطته قبل الزواج: لزمها ذلك، وهو فى الشفعة أولى؛ لأنه أدخل المشترى فى المشترى؛ كما لو قال: [اشترِ و][1] الثمن على، فإنه يلزمه الثمن؛ لأنه أدخله فى الشراء عند مالك وابن القاسم، وإن تركها قبل الشراء بعوض امتنع؛ للجهل بما يقابل العوض هل يحصل أم لا؟

فإن قال: إن اشتريت فقد سلمت لك بدينار وإن لم يبع، صح؛ لعدم الغرر. ولو شرط النقد، امتنع؛ لأنه سلف تارة وثمن تارة، ولو سلم لغير المشترى بعد الشراء بعوض أم لا، امتنع لأنه لم يأخذ فيبيع، ولأن الشفعة لا تكون للبيع. ولو أراد المشترى البيع فلم يسقط الشفيع الشفعة إلا بعوض من المشترى أو من المشترى الثانى جاز، خلافا لـ (ش).

لنا: أنه ملك الأخذ فجازت المعاوضة عليه؛ كالعقار.

وقياسا على تمليك الزوجة أمرها.

وقياسا على أخذ الأمة العوض إذا عتقت على ألا توقع طلاقا.

قال مطرف: إن صالح على أنه متى أذن المشترى لولده فهو على شفعته لا يلزمه ذلك، وله الشفعة ما لم يطل الزمان شهورا كثيرة.

---

(١) فى ط: اشتروا.

وقال أصبغ: يلزم الصلح توفية بالعقد، والمقال فى ذلك للمشترى دون الشفيع؛ لأن ترك الشفعة هبة، ويتضرر المشترى بالبقاء على ذلك فى البناء والغرس والحبس، فيهدم ويعطى القيمة لما أحدث، ومن حقه أن يقول: إما أن تسقط حقك مرة فأتصرف آمنا، وإما أن تأخذ، وقال مطرف: للشفيع – أيضا – مقال.

وفى الجواهر: يجوز أخذه من المشترى عوضا: دراهم أو غيرها على ترك الشفعة إن كان بعد الشراء، وإن كان قبله بطل ورد العوض وكان على شفعته.

فرع: فى المقدمات إن سكت الحاضر حتى غرس المشترى أو بنى أو طالت المدة أكثر من المدة المعتبرة على الخلاف، بطل حقه ولا يعذر بالجهل.

نظائر: قال: المسائل التى لا يعذر[1] فيها بالجهل سبع، على ما قاله أبو عمر الإشبيلى، ولم يكن يفسرها إذا سئل عنها.

قال ابن عتاب: فاستقرأتها فوجدتها:

الشفعة والمرأة تقضى بالثلاث فى المجلس فلا يناكرها الزوج لجهله، والسارق لثوب لا يساوى ثلاثة دراهم، وفيه ثلاثة دراهم يحملها، ووطء المرتهن الجارية المرهونة.

قال ابن عتاب: ووجدت غيرها كثيرا:

يخير امرأته فتقضى بواحدة فيقال لها: ليس لك ذلك، وتريد أن تقضى مرة أخرى بالثلاث، وتدعى الجهل، قاله ابن القاسم، والمستحلف أباه فى حق له عليه: أن شهادته تسقط، وإن جهل العقوق، قاله ابن القاسم، وكذلك قاطع الدنانير جهلا بكراهيته.

وفى الدمياطية: والمرتهن يرد الرهن للراهن يبطل الرهن ولا يعذر بالجهل.

وفى الواضحة: باع جارية وقال: كان لها زوج فطلقها أو مات عنها، ووافقته الجارية، يحرم وطؤها على المشترى، ولا تتزوج حتى يشهد بالطلاق أو الوفاة، فإن أراد ردها وادعى أنه ظن أن قول البائع والجارية فى ذلك مقبول، لم يكن له ذلك، وإن كان ممن يجهل معرفته.

وقال أشهب إذا أعتق أم ولده ووطئها فى العدة وادعى الجهل: إنه يحد؛ كما لو

(١) فى أ: يعتبر.

ادعى الزانى الجهل بتحريم الزنى.

وفرق بين المعتق والمطلق ثلاثا يطأ فى العدة، أو واحدة قبل الدخول فيلحقه الولد ولا يحد؛ لأنها شبهة لأهل الجهل.

وحكى ابن حبيب: أن المظاهر إذا وطئ قبل الكفارة يؤدب ولا يعذر بالجهل، ومن قذف عبدا فظهر أنه حر قد عتق قبل ذلك ولم يعلم القاذف، وكذلك إذا شرب هو أو زنى ولم يعلم بعتق نفسه، ومن اشترى من يعتق عليه ولم يعلم به، والبيوع الفاسدة: الجاهل فيها كالعالم إلا فى الإثم، والوضوء والصلاة يستوى فيها العامد والجاهل، وكذلك الحج فى كثير من الأحكام.

قال صاحب المقدمات: قد تركت مسائل كثيرة، منها:

حمل امرأته ولم ينكره، ثم أراد نفيه بعد ذلك، والشاهد يرى الفرج يستباح، أو الحر يستخدم فلا يقوم بشهادته، وكذلك أكل مال اليتيم والغاصب والمحارب والمتصدر للفتوى بغير علم، والطبيب يقتل بمعاناته وهو غير عالم بالطب، والشاهد يخطئ فى شهادته فى الحدود والأموال.

وهذا الباب أكثر من أن يحصى، وكان أبو عمر الإشبيلى أجل من أن يعتقد الحصر فى سبع، لكن أظن مراده ما يكون مجرد السكوت فيه على فعل الغير مسقطا حق الساكت اتفاقا، فوجدت من هذا النوع سبعا لا ثامن لها:

الشفعة وما فى معناها كالغريم يعتق بحضرة غرمائه فيسكتون، أو يبيع العبد قبل الخيار فيتركه حتى ينقضى أمد الخيار وشبهه.

[و](1) الثانية: من حاز ملك رجل فى وجهه مدة معتبرة، ثم ادعى أنه ابتاعه منه صدق مع يمينه، ولا يعذر صاحب المال بالجهل وأن سكوته مبطل.

[و](2) الثالثة: المملكة تقضى بالثلاث فلا ينكر الزوج ثم تريد المناكرة، أو لا تقضى بشىء وتسكت حتى يطأها، أو ينقضى المجلس على الخلاف، وما أشبه ذلك كالأمة تعتق فلا تقضى حتى يطأها الزوج.

الرابعة: الشاهد يرى الفرج يستباح والعبد يستخدم ونحوه من الحقوق الواجبة لله

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

تعالى.

الخامسة: المطلقة يراجعها زوجها فتسكت حتى يطأها، ثم تدعى انقضاء العدة.

السادسة: المرأة تزوج وهى حاضرة فلا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تنكر النكاح والرضا به، وتدعى الجهل فى سكوتها.

السابعة: الرجل يباع عليه ماله ويقبضه المشترى وهو حاضر لا ينكر، ثم ينكر الرضا بالبيع، ويدعى الجهل.

ويحتمل أن يريد سبع مسائل من نوع الطلاق:

أحدها: يملك امرأته فتقبل، ثم تصالحه[(١)] بعد ذلك قبل أن تسأل ما قبلت، ثم تقول: كنت أردت الثلاث لترجع فيما صالحت به.

الثانية: السامع لامرأته تقضى بالثلاث فيسكت، ثم ينكر.

الثالثة: المخيرة تختار [الواحدة][(٢)]، ثم تريد تختار بعد ذلك ثلاثا وتقول: ظننت أن لى الخيار.

الرابعة: المملكة والمخيرة لا تقضى حتى ينقضى المجلس على قول مالك الأول، ثم تريد القضاء بعد ذلك وتقول: ظننت أن ذلك بيدى أبدا.

الخامسة: المقول لها: إن غبت عنك أكثر من سنة فأمرك بيدك فتقيم بعد سنة المدة الطويلة من غير أن يشهد أنها على حقها، ثم تريد القضاء، وتقول: جهلت وظننت أن الأمر بيدى متى ما شئت.

السادسة: الأمة تعتق فتوطأ، ثم تريد الخيار وتقول: جهلت أن لى الخيار.

السابعة: الرجل أمر امرأته بيد غيرها، فلا تقضى المملكة حتى يطأها، ثم تريد القضاء، وتقول: جهلت قطع الوطء ما ملكته.

فرع: فى الكتاب: التسليم قبل معرفة الثمن جائز.

فى التنبيهات: ظاهر الكتاب الإطلاق: واختلف فى تأويله:

فقيل: جائز ماض مطلقا.

وقيل: معناه: أن ذلك الفعل لا يلزمه لفساده بجهله بما يأخذ.

---

(١) فى ط: تصاحبه.

(٢) سقط فى ط.

وكذلك اختلف قوله فى الشفعة والثمن عرض لا مثل له قبل معرفة قيمته كالجواهر الغريبة، هل يفسد أو يجوز؟

وقيل: ذلك كله إذا تقاربت القيم جاز وإلا فلا.

قال اللخمى: تسليمها قبل معرفة الثمن جائز؛ لأنه ترك لا معاوضة.

واختلف فى أخذها قبل معرفته، وظاهر الكتاب: الجواز.

تنبيه: الحيلة فى إسقاط الشفعة: أن يبيع إلا مقدار ذراع فى طول الحد الذى يلى الشفيع، فلا شفعة؛ لانقطاع الجوار، وكذلك إذا وهب منه من المقدار وسلمه إليه، وإذا ابتاع سهما ثم بقيتها فالشفعة للجار فى الأول دون الثانى؛ لأن المشترى فى الثانى شريك مقدم على الجار، ومما يعم الجوار والشركة أن يباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر القيمة.

قالوا: ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة؛ لأنها تمنع من ثبوت الحق فلا ضرر لعدم الحق.

قاله أبو يوسف.

وتكره عند محمد؛ لأنها تمنع من تمكين الشريك من دفع ضرره. وعلى هذا الخلاف فى إسقاط الزكاة.

* * *

كتاب الوكالة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول

فى أركانها

وهى أربعة:

الركن الأول - الموكِّل:

وفى الجواهر: كل من جاز له التصرف لنفسه فإنه يجوز له الاستنابة. وأصل هذا [من][1] الكتاب: قوله - تعالى -: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩] وهذه وكالة، وقوله - تعالى -: ﴿فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ﴾ [النساء: ٦]. وفى أبى داود أنه - عليه السلام - أمر رجلا أن يشترى له أضحية بدينار، فاشترى له شاتين بدينار، وباع واحدة بدينار، وأتاه بشاة ودينار؛ فدعا له - عليه السلام - بالبركة[2].

الركن الثانى - الوكيل:

فى الجواهر: من جاز له أن يتصرف لنفسه فى الشىء جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للاستنابة، إلا أن يمنع مانع؛ فقد منع فى الكتاب من توكيل الذمى على مسلم، أو بيع أو شراء أو استئجار أو يبضع معه، وكرهه ولو كان عبدًا له.

قال الإمام أبو عبد الله: وما ذلك إلا أنه قد يغلظ على المسلمين إذا وكل عليهم؛ قصدًا لأذاهم، فيحرم على المسلم إعانته على ذلك.

قال الإمام: وأما البيع والشراء؛ فلِئَلَّا يأتيه بالحرام، ولهذا منع الذمى عاملا؛ لئلا يعامل بالربا وبما لا تحل المعاوضة به.

قال محمد: فإن نزل هذا تصدق المسلم بالربح.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (٦/ ٦٣٢) فى المناقب: باب علامات النبوة (٣٦٤٢)، وأخرجه أحمد فى المسند: (٤/ ٣٧٦)، وأبو داود فى السنن (٣٣٨٤)، والترمذى (١٢٥٨)، وابن ماجه (٢٤٠٢).

قال الإمام: وهذا الذى قاله محمد إنما يتخلص مما يتخوف من الحرام بأن يكون ما فعله الذمى من الربا، فيتصدق بما زاد على رأس المال؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩].

قال: وأما الواقع بخمر أو خنزير وأتى الموكل بثمن ذلك، فيتصدق بجميعه؛ لأنه كله ثمن خمر فهو حرامٌ كله، وفى الربا: إنما تحرم الزيادة.

فرع: قال: من الموانع: العداوة؛ فلا يوكل العدو على عدوه. وبقية فروع هذا الركن تقدمت فى الركن الأول فى البيع.

الركن الثالث - ما فيه التوكيل:

فى الجواهر: له شرطان:

الشرط الأول: قال: أن يكون قابلا للنيابة، وهو ما لا يتعين بحكمه مباشرةً: كالبيع، والحوالة، والكفالة، والشركة، والوكالة، والمصارفة، والجعالة، والمساقاة، والنكاح، والطلاق، والخلع، والسلم، وسائر العقود والفسوخ، دون العبادات غير المالية منها: كأداء الزكاة، والحج على خلاف فيه. ويمتنع فى المعاصى: كالسرقة، والقتل العدوان، بل تلزم أحكام هذه متعاطيها. ويلحق بالعبادات: الأيمان، والشهادات، واللعان، والإيلاء، ويلحق بالمعاصى: الظهار؛ لأنه منكر وزور. ويجوز التوكيل بقبض الحقوق واستيفاء الحدود والعقوبات، وفى الخصومات: فى الإقرار والإنكار برضَا الخصم وبغير رضاه، فى حضور المستحق وغيبته.

تمهيد: الأفعال قسمان: منها ما لا تحصل مصلحته إلا للمباشر؛ فلا يجوز التوكيل فيها لفوات المصلحة بالتوكيل: كالعبادة؛ فإن مصلحتها الخضوع وإظهار العبودية لله - تعالى - فلا يلزم من خضوع الوكيل خضوع الموكِّل؛ فتفوت المصلحة. ومصلحة الوطء: الإعفاف وتحصيل ولد ينتسب إليه، وذلك لا يحصل للموكِّل، بخلاف عقد النكاح؛ لأن مقصوده تحقق سبب الإباحة، وقد تتحقق من الوكيل. ومقصود اللعان والأيمان كلها: إظهار دليل الصدق فيما ادعى، وحلف زيدٍ ليس دليلا على صدق عمرو، وكذلك الشهادات مقصودها: الوثوق بعدالة المتحمل، وذلك فاتت إذا ادعى غيره. ومقصود المعاصى: إعدامها، وشرع التوكيل فيها فرع تقريرها. فضابط هذا الباب: متى كان المقصود يحصل من الوكيل

كما يحصل من الموكّل جازت الوكالة، وإلا فلا.

فرع: قال: لو قال لوكيله: أقِرَّ عنى لفلان بألف: فهو مُقِرٌّ بهذا القول. قال المازرى: استقراؤه من نص بعض الأصحاب.

الشرط الثانى: قال: أن يكون ما به التوكيلُ معلومًا بالجملة، نُصَّ عليه أو دخل تحت عموم اللفظ أو علم بالقرائن أو العادة. فلو قال: وكلتك، أو: فلانٌ وكيلى - لم يجز حتى يقول بالتفويض أو بالتصرف فى بعض الأشياء؛ لأنه عقدٌ يفتقر إلى الرضا فينافيه الجهل المطلق كسائر العقود. ولو قال: وكلتك بما لى من قليل وكثير، جاز، واسترسلت يد الوكيل على جميع الأشياء، ومضى فعله فيها إذا كان نظرًا؛ لأنه معزول عن غير النظر عادة، إلا أن يقول له: افعل ما شئت كان نظرًا أم لا؛ لأنه حقه فلا يتصرف فيه إلا بإذنه. وأما إن قيّد ببعض الأشياء دون بعض اتبع مقتضى اللفظ أو العادة. ولو قال: اشتر لى عبدًا، جاز، أو عبدًا تركيًا بمائة، فأولى بالجواز؛ لذكر النوع والثمن.

فرع: قال: التوكيل بالإبراء لا يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرأ عنه ولا علم الوكيل ولا علم من عليه الحق؛ لأن مقصود رضا الوكيل علم ما يشبه الموكل من العلم إجمالا، وذلك حاصل حينئذ. ولو قال: بع بما باع به فلان فرسه، فالعلمُ بما باع به فلان فرسه مشترطٌ؛ ليجتهد إلى تلك الغاية. ولو قال: وكلتك لمخاصمة خصم، جاز وإن لم يعينه؛ لأن المخاصمة لا يعلم غايتها، فاعتبر جنسها خاصة.

فرع: قال على البصرى فى تعليقه: يصح التوكيل على الخصم وإن لم يرضَ، وقاله (ش).

وقال (ح): كذلك إن غاب، وإن حضر: اشترط رضاه؛ لأنه يقول للموكل: لم أرض إلا بمقالتك. وجوابه: أن عليًا وكّل عقيلا عند عمر -رضى الله عنه - ليخاصم عنه وقال: هذا عقيل أخى، ما قضى له فلى، وما قضى عليه فعلى. ولأن الموكل قد يعجز عن الحجاج مع الحاضر، وربما كان ممن تشينه الخصومات؛ لعلو منصبه، وقد قال على - رضى الله عنه -: من بالغ فى الخصومة أثم، ومن قصر فيها خصم.

فرع: قال: لا يقبل قول الوكيل فى قبض الحق الذى وكل فى قبضه، وقاله (ش). وقال (ح): يقبل على تلفه؛ لأنه أمينه.

وجوابه: أنه وكله على القبض دون الإقرار، ولو وكله على القبض وأبرأ لم يصح؛ فكذلك ههنا بجامع عدم التوكيل.

فرع: قال: ولو وكله بالبيع لم يصح إبراؤه، وقاله (ش).

وقال (ح): يصح ويغرم الوكيل للموكل؛ لأنه أقامه مقامه.

وجوابه: إنما أقامه فى هذا خاصة دون الإبراء.

فرع: قال: إذا باع بما لا يتغابن الناس به: رد، وقاله (ش) ؛ لعزله عن ذلك عادة. وقال (ح): يصح؛ لأن اسم البيع يتناوله؛ لأنه أعمّ.

وجوابه: عموم مقيد بالعادة.

وكذلك منع مالك و (ش) بيعه بالدين، وجوزه (ح) من الإطلاق. وجوابه ما تقدم.

الركن الرابع - الصيغة وما يقوم مقامها فى الدلالة:

قال فى الجواهر: ولا بد من القبول، فإن تراخى زمانًا طويلا: يتخرج على القولين فى تخيير المرأة إذا قامت ولم تختر فى المجلس. قال: والتحقيق فى هذا يرجع إلى العادة، هل المقصود من هذا اللفظ جوابه على الفور أم لا؟ فى الجواهر: حكم الوكالة: اللزوم من الجانبين، إذا كانت بغير أجرة، قاله أبو الحسن، وقيل: اللزوم من جانب الموكل، قاله بعض المتأخرين؛ بناءً على لزوم الهبة وإن لم تقبض، وبالأجرة لازمة من الطرفين؛ لأنها إجارة. ويجب أن يكون العمل معلومًا كما فى الإجارة. وإن كانت على سبيل الجعالة: ففى اللزوم ثلاثة أقوال: اللزوم من الطرفين، وعكسه، ومن جهة الجاعل فقط.

وإذا فرعنا على الجواز: فينعزل بعزل الموكل إياه فى حضرته ما لم يتعلق بوكالته حق، كما إذا نشب معه فى الخصومة أو وكله فى قضاء دين عليه. وهل ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه؟ روايتان. وينعزل ببيع العبد الموكل فى بيعه وبإعتاقه، وينعزل بعزل نفسه فى حضور الموكل وغيبته على القول بالجواز، وقيل: ليس له ذلك فى غيبته. وينعزل بموت الموكل. وقال مطرف: وإن كان مفوضًا إليه: فهو على وكالته حتى يعزله الورثة.

وإذا فرعنا على الأول: فمتى يعتبر العزل فى حق من عامله؟ أقوال: حالة الموت حالة العلم، فمن علم: انتسخ فى حقه دون من لم يعلم. والقولان؛ بناء على النسخ

فى الشرع: هل حين النزول أو البلوغ؟ قولان للأصوليين، فالموت كالنزول.

القول الثالث: على الوكيل خاصة؛ فينتسخ بعلمه لا بعلم الذى يعامله، لكن من دفع إليه شيئًا بعد علمه بعزله؛ لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل. وفى النوادر: إذا مات الباعث بالبضاعة قبل وصولها: إن كان للرسول بينة بالإرسال فعليه دفعها، وإلا فلا، حتى يصدقه ورثة الباعث ويكون شاهدًا للمبعوث إليه. وإن كان المبعوث إليه صلة أو هدية ردت للورثة؛ لبطلانها بالموت قبل القبض، إلا أن يكون قد أشهد عليها عند الإرسال. ولو مات المبعوث إليه قبل خروج الصلة من يد الباعث: بطلت، أشهد أم لا.

نظائر: قال أبو عمران: خمسة عقود على الجواز دون اللزوم: الوكالة، والجعالة، والمغارسة، والتحكيم، والقراض.

* * *

الباب الثانى

فى أحكامها

وفى الجواهر: حكمها: صحة ما وافق من التصرفات، وفساد ما خالف اللفظ أو العادة مما يعود. بنقص، وأما ما يعود بزيادة فقولان، بناهما أبو الطاهر على شرط: ما لا يفيد: هل يلزم الوفاء به أو لا؟ وله البيع والشراء من أقاربه إذا لم يحاب، ولا يبيع من نفسه؛ لخروجه عن اللفظ عادة، وكذلك ولده أو يتيمه، وقيل: له ذلك.

وحيث قلنا: له ذلك بمطلق الإذن أو أذن له فيه، فإنه يتولى طرفى العقد إذا باع أو اشترى من نفسه أو ولده الصغير أو يتيمه، كما يتولى ابن العم طرفى عقد النكاح، وتولى من عليه الدين استيفاءه من نفسه بالوكالة، وكذلك الوكيل من الجانبين فى عقد النكاح والبيع. ومهما علم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل للموكل لا إلى الوكيل.

فرع: فى الجواهر: لا يسلم المبيع قبل توفية الثمن، فإن سلم ولم يشهد، فجحد الثمن: ضمنه؛ لتغريره. ويملك المطالبة بالثمن والقبض؛ لأنه من توابع البيع، ويقاص الوكيل والشركاء، ويملك قبض المبيع. وأما مطالبتهما بالثمن: فإن لم يبين أنه وكيل: طولب بتسليم الثمن أو المثمن وكانت العهدة عليه، وإن بين أنه وكيل، وتبرأ من الثمن أو المثمن: لم يكن له أداء ولا عهدة، وإن صرح بالالتزام: لزمه ما صرح بالتزامه، وثمن ما لم يصرح بأحد الأمرين. فإن كان العقد على شراء بنقد أو بيع به: فالمنصوص فى المذهب مطالبته بالثمن والمثمن.

وفى النوادر: عن مالك: إذا أبضَع معه سلعة ليدفعها لرجل: فعليه الإشهاد على الدفع، وإلا ضمن إن أنكر القابض. ولو اشترط عدم الإشهاد: نفعه شرطه إلا أن يحلف، فإن اشترط عدم الحلف بطل الشرط؛ لأن الأحداث تحدث والتهم تتجدد بخلاف الإشهاد.

وقال عبد الملك: يصدق ولا إشهاد عليه على الدفع، إلا أن يقول الآمر له: اقض هذا عنى فلانًا، فهو ضامن إن لم يشهد؛ لأنه وكل إليه القضاء، والقضاء لا يكون إلا بالإشهاد.

قال مالك: فلو قال المبعوث إليه: قبضتها وضاعت منى، ضمن الرسول؛ لتعديه

بترك الإشهاد.

قال محمد: إلا أن يكون دينًا للمبعوث إليه على المرسل؛ فيبرأ الباعث إليه والرسول، ولا ينتفع الرسول بشهادة المبعوث إليه؛ لأن له عليه اليمين على ضياعها. فلو جازت شهادته لم يحلف. وكذلك إن لم يشهد فى دفع الثوب للقصار ضمن، قاله سحنون.

وفى الموازية: إن بعث بالثمن، فأنكره البائع: حلف الرسول وبرئ. ولا يبرأ المشترى إلا ببينة، قاله مالك.

فرع: قال: إذا اشترى بثمن المثل، وجهل العيب: وقع عن الموكل، وللوكيل الرد على ضمانه بمخالفة الصفة، وإن علم: وقع عنه ولم يرد؛ لرضاه. وإن كان العيب يسيرًا [و] اشتراها بذلك نظرًا للآمر، لزم الآمر. وإن كان بغير علم، فعلم: لم يقع عن الموكل، ولو جهل: وقع عنه، ومهما جهل الوكيل: فله الرد إلا إذا كان العيب عينًا من جهة الموكل؛ فلا رد للوكيل. وقال أشهب: الموكل مقدم، فإن كانت السلعة غير معينة فله الرد بعد استرجاع الوكيل لها، إذا لم يمض رده.

قال ابن القاسم: إلا أن يكون وكيلا مفوضًا؛ فله الرد والقبول فى جميع ما ذكرناه على الاجتهاد من غير محاباة. وحيث يكون الوكيل عالمًا فلا ردَّ له، ولا يلزم الموكل إلا أن يكون العيب يسيرًا، فإن كان كثيرًا ألزمها الوكيل للموكل إن شاء.

فرع: فى النوادر: قال ابن القاسم: إن وكلك فى دين، فادعى المطلوب دفع بعضه لربه: لا يسمع ذلك إلا ببينة. فإن قبضت منه الجميع، ثم قدم الطالب فأقرّ: رجع المطلوب عليه؛ لتفريطه فى عدم إخبارك بما قبض. ولو قال المطلوب: اكتبوا للطالب، فإن صدقنى برئت - لا يسمع منه.

فرع: قال: متى توجهت اليمين على وكيل أو وصى فى اختلاف ثمن مبيع أو وفاء دين فى يمين مردودة، فلم يحلف ضمن؛ لتعديه بالنكول، وعليه أن يحلف مع شاهدٍ إن أقامه. قال ابن القاسم: وللمبتاع تحليفه فى العيب يدعى حدوثه.

فرع: قال: قال مالك: إذا أسلفته دينارًا، فرده لأمر كرهه، فقلت له: ادفعه لفلان، فتلف - ضمنه إن كان لم يرد إليك، وإن كان رده: فلا؛ لأنه وكيل أمين.

فرع: قال: قال ابن عبد الحكم: إذا عرف الذى عنده الدين أو الوديعة أن هذا

خطك[١]، وأمر بالدفع والتسليم لوكيلك: لم يلزمه الدفع؛ لأنه لا يبرأ بذلك.

فرع: قال: يتصرف بغير معين ولا يوكل إذا كان ممن يلى ذلك عادة إلا أن يأذن له. ولو وكله فى تصرفات كثيرة، وأطلق: فله التوكيل إن علم عجزه عن الانفراد بها، ثم لا يوكل إلا أمينًا عارفًا بالمصلحة.

فرع مرتّب:

قال: إذا وكل بإذن الموكل، ثم مات الموكل، قال المازرى: الأظهر أن الثانى لا ينعزل، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت الموكل الأول؛ لأن توكيل الوكيل الأول كتوكيل موكله؛ لأن تصرفه لازم له كتصرفه بنفسه. وقع لابن القاسم ما يشير ظاهره إلى ذلك، وهو إمضاء تصرف من أبضع أحد الشريكين بعد مفاصلتهما.

فرع: فى الجلاب: إذا باع الآمر وباع الوكيل فأول البيعتين أحق؛ لمصادفته قبول المحل بخلاف ما بعده، إلا أن يقبض الثانى السلعة؛ فهو أحق كإنكاح الوليين.

وفى شرح الجلاب: هذا هو المشهور. وعن ابن عبد الحكم: الأول أحق مطلقًا؛ لأن الثانى إنما قبض ملك غيره. والفرق: أن النكاح كشفته عظيمة؛ فلذلك جعل الثانى إذا دخل مفوِّتًا، وامتهان الحرائر ضرر مع الرد بخلاف الشفعة.

فرع: فى النوادر: أبضع معه جماعة لشراء رقيق، فخلطها، واشترى لهم رقيقًا، وأعطى كل إنسان بقدر بضاعته، وأعطى لواحد مريضةً اشتراها كذلك، فهلكت وأقرّ بما صنع - ضمن إذا لم يكن فى أصل شرائه لكل واحد رأسًا بعينه. وإن قال: اشتريتها لصاحبها مفردة، صدق مع يمينه.

وقال سحنون: لا يحلف ولا يضمن الآخرون فى المريضة شيئًا.

قال مالك: ولو أمروه بشراء طعام، فجمع مالهم فى شراء الطعام: لا يضمن ما هلك، وكذلك كل ما ينقسم بالكيل أو الوزن له شراؤه مشاعًا، ثم يقسمه للتفاوت فى ذلك، ويضمن ما ينقسم بالقيمة، بخلاف العامل فى القراض يخلط أموال المقارضين؛ لأن له البيع بخلاف هذا.

فرع: قال: لو قال له: بع من زيدٍ، لم يبع من غيره. وكذلك لو خصص زمانًا أو سوقًا تتفاوتُ فيه الأغراض، أو ثمنًا: فله البيع بما فوقه دون ما دونه؛ لأن العادة

---

(١) فى ط: حظك.

الرضا بذلك بطريق الأولى. ويخير الموكل فى الأدنى؛ لأنه كبيع فضولى أو فسخه. فإن فسخ والسلعة قائمة: أخذها، وقيل: له أن يطالبه بما سمى من الثمن، أو فاتت: طالبه بالقيمة إن لم يسم ثمنًا، فإن سمى: فهل له مطالبته بما سمى أو بالقيمة؟ قولان مبنيان على الخلاف فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن. وهذا فيما عدا الربويات، فإن كان العقد على ربوى بربوى كعين بعين أو طعام بطعام: فهل له أن يرضى بفعله؟ قولان مبنيان على الخلاف فى الخيار الحكمى: هل هو كالشرطى أم لا؟

ولو قال الوكيل: أنا أتم ما نقصت، فهل له ذلك ويمضى البيع؟ قولان مبنيان على أن ذلك مقصود الآمر وقد حصل، أو هو متعد فى البيع؛ فلا يلتفت إلى قوله، ويجب الرد.

ولو قال: اشتر بمائة، فله الشراء بما دونها لا بما فوقها إلا اليسير المعتاد، كالثلاثة فى المائة ونحوه. ويقبل قوله فى ذلك قبل تسليم السلعة أو قرب التسليم، بخلاف إذا طال الزمان. فإن كان زاد كثيرًا: خير الموكل فى الإمضاء وترك السلعة له.

ولو قال: بع بمائة نسيئة، فباع بمائة نقدًا، أو اشتر بمائة نقدًا، فاشترى بمائة نسيئة - لزم الآمر، قاله الشيخ أبو محمد، وقال: خالفنى فيها أبو بكر بن اللباد، واحتججت عليه بأن المبتاع لو عجل الثمن المؤجل لزم القبول.

ولو قال: بع بالدنانير، فباع بالدراهم، أو بالعكس - ففى اللزوم قولان؛ بناء على أنهما كنوع واحد أو كنوعين.

ولو سلم له دينارًا يشترى به شاةً، فاشترى به شاتين، وباع إحداهما بدينار وردّ الدينار والشاة: صح عقد الشراء والبيع ولزم بإجازة الملك، للحديث المتقدم، ولأنه أصلنا فى تصرف الفضولى.

ولو قال: بع بعشرة فباع بعشرة من غير اجتهاد فقولان؛ بناء على حصول المسمى، أو المقصود: ألا تنقص العشرة، وأن يجتهد فى الزائد. قال بعض المتأخرين: ولو ظهر أحد القصدين ارتفع الخلاف.

فرع: قال: الوكيل بالخصومة [لا يقر على موكله][1]، كما لا يصالح ولا يبرئ

(١) فى أ: على يقر موكله.

إلا أن يأذن له فى ذلك، كما تقدم، ولا يشهد لموكله قبل الشروع فيها، وإن شرع: لم يوكل تنجيزًا لرفع ظلم المتعدى، إلا أن يخاف من خصمه استطالةً بسبب ونحوه؛ فيجوز للضرورة. ولا يعزل الوكيل حيث وكل بعد الشروع فى الخصومة تنجيزًا لرفع العدوان، فإن أحد الخصمين ظالم. والمنكر والفساد تجب إزالته على الفور.

وقال أصبغ: له عزله ما لم تشرف حجته؛ لأن الأصل مباشرته لنفسه. قال ابن رشد: وإذا لم يكن له عزله لم يكن له هو عزل نفسه.

فرع: قال: إذا وكل رجلين لكل واحد الاستبداد إلا أن يشترط الاجتماع؛ لأن الأصل عدم الشرط.

فرع: قال: وكما لا يفتقر إلى حضور الخصم فى عقد الوكالة لا يفتقر إلى إثباتها عند الحاكم.

فرع: قال: إن سلم إليه ألفًا وقال: اشتر بعينه شيئًا فاشترى فى الذمة ونقد الألف صح. وكذلك لو قال: اشتر فى الذمة وسلم الألف فاشترى بعينه، وأولى بالصحة.

فرع: قال: مهما خالف فى البيع وقف على إجازة الموكل ورده، ومهما خالف فى الشراء وقع عن الوكيل إن لم يرض الموكل.

فرع: قال: الوكيل أمين فى حق الموكل؛ فلا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط، كان وكيلا بِجُعلٍ أم لا. ثم إن سلم إليه الثمن فهو مطالبٌ به مهما وكل بالشراء، فإن لم يسلم إليه الثمن وأنكر البائع كونه وكيلا طالبه، وإن اعترف بوكالته فليس له مطالبته. ثم حيث طولب الوكيل رجع على الموكل. ولو وكل بشراء عبدٍ، فاشتراه وقبضه، فتلف فى يديه أو استحق - فالمستحق يطالب الموكل. وكذلك الوكيل بالبيع: إذا قبض الثمن وتلف فى يده فاستحق المبيع - رجع المشترى على الموكل دون الوكيل.

وفى الجلاب: إذا دفع له الثمن لمعين، فضاع منه بعد أن عقد عليه فضاع - لزمه دفع غيره مرارًا حتى يصل إلى البائع. ولو دفع الموكل الثمن قبل الشراء. فضاع بعد الشراء: لم يعط غيره إن امتنع، ويلزم الوكيل السلعة وعليه الثمن؛ لأنه مال معين ذهب ولم يتناول العقد غيره.

فرع: فى النوادر: دفع إليك أربعين لتشترى بها رأسين وتبيعهما وتحرز ربحهما،

وآخر دفع ثمانين لتشترى رأسًا وتبيعه وتحرز الفضل، فاشترى لكل واحد ما أمره، وباع رأسًا بمائة وآخر بستين وآخر بأربعين، ولم يدر لمن كان الرقيق منهما، وتداعيا الأرفع - قيل: يضمن مائة لكل واحد منهما بعد أيمانهما، ويقال لصاحب الرأسين: أيهما لك؟ فيحلف ويأخذه. وقيل: لا يضمن ويتحالفان على المائة فيقتسمانها، ويقال لصاحب الرأسين ما الذى لك أصاحب الستين أو صاحب الأربعين فيحلف عليه ويأخذه، ثم يكون الباقى بينهما؛ لأن كل واحد يزعم أنه بقى له من ماله خمسون. وإن لم يدعيا ذلك: فلصاحب الرأسين أربعون ومائة ولصاحب الرأس سبعون. ولو دفع أحدهما دنانير وآخر دراهم لشرائين، فصرف هذه بهذه بصرف الناس: جاز.

* * *

الباب الثالث

فى النزاع

وفى الجواهر: يقع فى ثلاثة مواضع:

الموضع الأول - فى الإذن وصفته وقدره: والقول قول الموكل لأن الأصل عدم الوصية بوجه من الوجوه. فلو تنازعا فى مقدار الثمن حلف الموكل وغرم الوكيل للمشترى، أنكر البائعُ الوكالة أو اعترف بها. ولو باع بعشرة فقال: ما أمرتك إلا باثنتى عشرة، صدق الآمر إن لم تفت السلع، فإن فاتت صدق المأمور؛ لأنه غارم ما لم يبع(١) بما يستنكر.

الموضع الثانى - التصرف المأذون فيه:

فإذا قال: تصرفت كما أذنت، صدق الوكيل؛ لأنه أمين، ويلزم الآمر ذلك التصرف من بيع أو غيره؛ لإقراره بالوكالة. وكذلك لو ادعى تلف رأس المال صدق؛ لأن الأصل عدم شغل ذمته بالضمان. وكذلك لو(٢) ادعى رد المال، سواء كان بجعل أم لا. وكذلك قوله: قبضت الثمن وتلف؛ إن ثبت القبض ببينة أو صدقه الموكل فيه، وإلا لم يبرأ الغريم من الدين، إلا أن يكون القابض وكيلا مفوضًا، أو وصيًا، فيبرأ باعترافه من غير بينة، بخلاف الوكيل المخصوص.

وفى كلا الوجهين لا غرم على الوكيل.

الموضع الثالث: إذا وكله فى قضاء الدين، فليشهد، وإلا ضمن بترك الإشهاد، وقيل: لا يضمن إن كانت العادة ترك الإشهاد.

وكذلك وصى اليتيم لا يصدق فى دعوى ردّ المال؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦].

فرع: قال: من يصدق بالرد إذا طلب بالرد، ليس له التأخير بعذر الإشهاد إذا تحققت الوكالة، أو باشره المستحق، ولمن عليه الحق بشهادة ألا يسلم إلى المستحق، أو وكيله إلا بشهادة.

وإن اعترف به: فإن كان فى يده تركة، فاعترف لإنسان بأنه وارث صاحبها

---

(١) فى ط: بيع.
(٢) فى ط: لم.

لا وارث له سواه - لزمه التسليم، ولا يكلفه بشهادة على أنه لا وارث له سواه.

ولو اعترف أنه استحق ألفًا عن جهة حوالة، ولكن خاف إنكار الوكيل، فهو كخوف المحيل إنكار الموكل.

ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن، فجحده، فأقيمت عليه بينة بالقبض، فادعى تلفًا، أو ردًّا قبل الجحد - لم تسمع دعواه.

قال محمد: الذى يبين أنه لو صرح بالإنكار، وقال ما دفع إلىَّ شيئًا لغرم، قامت البينة أو أقر، وهو قول مالك وأصحابه فيمن عليه دين فدفعه، أو وديعةٌ ببينة أو بغير بينة، فردها، وأشهد بينةً بذلك، فطولب فأنكر أن يكون كان عليه دينٌ، أو قال: ما أودعنى شيئًا ثم أقرّ، أو شهدت بينة بأصل الحق، فأخرج البراءة بالعدول - لا تنفعه شهادة البراءة؛ لأنه كذّبهم بجحده الأصل. وبقية فروع هذا الكتاب مع جميع فروع التهذيب تقدمت فى الركن الأول من البيع، والله أعلم.

فرع: إذا ادعى الوكيل المفوض إليه، أو غير المفوض أنه دفع لك ما قبضه من غرمائك - صدقه مالك فى المدونة مع يمينه لأنه أمين.

وعنه: لا يصدق بحضرة قبض المال، أو بقربه بالأيام اليسيرة؛ لأن الأصل بقاؤه عنده، وتحلف أنت، وتصدق، وهو مع يمينه فى نحو الشهر؛ لأن الظاهر قبضك لمالك حينئذ، وإن طال جدًّا لم يحلف.

وفرق أصبغ بين المفوض إليه ففى القرب يبرأ مع يمينه، وفى البعد جدًّا يبرأ بغير يمين.

وأما الوكيل على شىء بعينه، قال: فهو غارم حتى يقيم البينة، وإن مات الوكيل بالقرب، قال عبد المالك: ذلك فى ماله إذا عرف القبض، وجهل الدفع، ولم يذكره.

* * *

كتاب الشركة

قال الجوهرى: شاركت فلانًا: صرت شريكًا له، واشتركنا، وتشاركنا وشركته فى البيع والميراث: بكسر الراء، أشركه: بفتحها، شِرْكة: بكسر الشين وسكون الراء، والاسم: الشرك بكسر الشين وسكون الراء.

دليل مشروعية الشركة:

وأصلها قوله - تعالى -: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقال ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى. . .﴾ الآية [النساء: ٣] ، قالت عائشة - رضى الله عنها -: هِى الْيَتِيمَةُ تُشَارِكُهُ فِى مَالِهِ.

وقوله - عليه السلام -: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»(١).

وقوله - عليه السلام -: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ(٢). . .» الحديث، وهذه الأحاديث فى الصحاح، وقوله - تعالى -: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩] مقتضاه الشركة فى الطعام المشترى بالورق.

وفى الكتاب ثلاثة أبواب:

الباب الأول - فى الأركان، وهى أربعة:

أركان عقد الشركة

الركن الأول والثانى - المتعاقدان:

وفى الجواهر: لا يشترط فيهما إلا أهلية التوكيل والتوكل، فإن كان كل واحد يتصرف لنفسه ولصاحبه بإذنه.

قال اللخمى: قال مالك: لا ينبغى مشاركة من يتهم فى دينه أو معاملته، ولا يهودى، ولا نصرانى، إلا أن يكون هو الذى يعامل. وقاله (ح) و (ش).

فرع: فى الكتاب تجوز شركة العبيد إذا أذن لهم فى التجارة، ولا يشارك مسلم

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٧٢)، كتاب العتق والولاء: باب من أعتق شركًا له فى مملوك (١)، والبخارى (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبدًا من اثنين (٢٥٢٢)، ومسلم (٢/ ١١٣٩) كتاب العتق (١/ ١٥٠١).

ذميًا إلا ألا يغيب الذمى على بيع ولا شراء ولا قضاء، ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم.

وتجوز بين الرجال والنساء.

قال اللخمى: فإن كان العبد غير مأذون له فى التجارة، والعبد المتولى البيع والشراء - لم يكن على الحر فى ذلك مطالبة إن هلك المال أو خسر، وكذلك إن توليا جميعًا الشراء ووزن كل واحد منهما نائبه وأغلقاه عليهما، ولم ينفرد الحر بها، وإن كان الحر المتولى ضمن رأس المال إن هلك أو خسر، لوضع يده مستقلا.

فإن شارك نصرانيًا وغاب عن المعاملة - استحب له التصدق بنصيبه من الربح، لاحتمال معاملته بالربا، فإن شك فى التجارة فى الخمر تصدق بالجميع؛ استحبابًا، وإن علم سلامته من ذلك: لا شىء عليه.

ويريد مالك: إذا كانت المرأة متجالة أو شابة لا تباشره، ووافقنا (ش)، وقال (ح): تمنع مشاركة الحر للعبد؛ لأن أصل الشركة التساوى، والحر يملك التصرف بنفسه والعبد لا يملكه إلا من قبل السيد. وبين العبدين، والمكاتبين؛ لانتفاء صحة الوكالة.

ونحن نمنع اعتبار التساوى إلا فى الربح مع المال، ونمنع اشتراط صحة الكفالة، بل صحة التصرف.

الركن الثالث - الصيغة الدالة على الإذن فى التصرف:

قال فى الجواهر: أو ما يقوم مقامها فى الدلالة؛ لأن المقصود حصول الرضا بكل ما دل عليه، ويكفى اشتركنا إن فهم المقصود عادة.

الركن الرابع - المحل:

وفى الجواهر: هو المال والأعمال، فعقد الشركة فى المال بيع؛ لبيع كل واحد منهما نصف متاعه بنصف متاع صاحبه، لكنه بيع لا مناجزة فيه؛ لبقاء يد كل واحد منهما على ماله بسبب الشركة.

لكن الإجماع منعقد على جواز الشركة بالدنانير من الجانبين، والدراهم منهما على غير قياس، وفى القياس عليه خلاف.

قاس ابن القاسم الطعام المختلفين [المتفق كيلًا وصفةً على العين][(١)]، ومنع فى الدنانير من أحدهما والدراهم من عند الآخر، والطعامين المختلفين، وتجوز بالعرضين المتفقين فى الصفة قولا واحدًا، ومنع مالك الطعامين المختلفين، وتجوز من صنف واحد فى إحدى الروايتين

وشرط فى الذهبين اتفاق الصرف وإن اختلفت السكة، ولا يضر اختلاف العرضين ولا فى القيمة، ورأس مال كل واحد منهما ما قوم به عرضه

ولو وقعت بالعرضين فاسدة لكان رأس مال كل واحد ما بيع به عرضه.

ومنعها (ش) بغير المثليات، ولا ينفع التقويم عنده، ومنع السبائك والنقار؛ للرجوع فيها إلى القيمة، وتجوز فى المثلين من الحيوان والأقطان[(٢)] والأدهان، ومنعه (ح) ؛ قياسًا على القراض، والفرق: احتياج القراض إلى رد عين رأس المال، وربما غلا فيستغرق الربح فيذهب عمل العامل، بخلاف الشركة.

قال (ش) و (ح): إن احتاجا إلى الشركة بالعرضين، باع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، فيصير الجميع مشتركًا، ويشترط القبض؛ حذرًا من التلف فينقض البيع، وقال (ح): لا يجوز إلا بالنقدين والفلوس.

تمهيد: منشأ اختلاف العلماء ملاحظة قواعد:

أحدها: أن الرخص هل يقاس عليها أم لا؟ وهى مسألة قولين فى الأصول، فمن منع لم يلحق بالنقدين غيرهما.

وثانيها: قاعدة سد الذرائع؛ فإن الغالب على العقلاء عدم القصد إلى المعاوضة بين المثليات إلا لغرض، فإذا اشتركا بمثلين كان الغرض الإرفاق بالشركة لا المعاوضة، وإن اشتركا بمختلفين كان الغرض المبايعة، وهو ممنوع من الشركة؛ لعدم التأخير وعدم القبض ودخول النَّساء فى النقدين، فمن لاحظ هذه منع إلا فى المثليات، ومن لم يلاحظ ولاحظ أن الضرورة قد تدعو للشركة بقسم المختلفات عليه، جوزه.

وثالثها: ملاحظة القياس على القراض، وقد تقدم الكلام عليه.

---

(١) فى ط: على العبد المتفق كيلًا وصفة.

(٢) فى ط: والأقطار.

القاعدة الرابعة: ملاحظة ربح ما لم يضمن فى العروض؛ لتوقع تأخير بيع عرض أحدهما فيغلو فيباع بأكثر من قيمته وقت الشركة، فإن أعطينا ربح الزائد لصاحبه، فقد أفردنا أحدهما بربح، وهو خلاف عقد الشركة، أو لا كان قليل المال مثل كثيره فى الربح، بخلاف غير المتميز لا يتعين فيه غلاء ولا رخص.

فائدة: قال أبو عبيدة: العرض - بسكون الراء -: ما ليس موزونا ولا مكيلا ولا حيوانًا ولا عقارًا.

فرع فى الكتاب: لا تجوز إلا بالأموال وعمل الأبدان، إن كانت صنعة واحدة.

وتمنع بالذمم بغير مال، وعلى أن يضمنا ما ابتاع كل واحد منهما، كانا فى بلد أو فى بلدين يجهز كل واحد على صاحبه تفاوضا، كذلك فى تجارة الرقيق أو فى جميع التجارات أو بعضها، وكذلك إن اشتركا بمال قليل على أن يتداينا؛ لأن كل واحد يقول: احمل عنى نصف ما اشتريت على أن أحمل عنك نصف ما اشتريت، إلا أن يجتمعا فى شراء سلعة معينة حاضرة أو غائبة فيشتريانها بدين؛ فيجوز ذلك إن كانا حاضرين؛ لوقوع العهدة عليهما، وإن ضمن أحدهما عن صاحبه فذلك جائز.

قال صاحب النكت: الفرق بين شريكى المال يجوز افتراقهما فى موضعين، وامتناع افتراق شريكى البدن: أن شريكى المال حصلت الشركة بينهما فيه فلا يضر افتراقهما، وشريكا البدن إذا افترقا لم يبق بينهما شركة.

قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا، فى آخر مسألة الكتاب: إنما يجوز ذلك إذا كانت أنصباؤهما متفقة، فإن اختلفت فلا يضمن صاحب النصيب الأقل، إلا مثل ما يضمن عنه صاحب الأكثر.

قال بعض القرويين: ويتبع البائع كل واحد منهما بالنصف إذا لم يكن علم أنهما اشتركا على الثلث والثلثين ويتراجعان بينهما، وإن علم اتبعهما بحصتهما، وإنما يحمل كل واحد عن صاحبه إذا استوت أجزاؤهما؛ لأن كل واحد يحمل مثل ما يحمل عنه الآخر، ويمتنع ذلك فى سلعتين يختص كل واحد بسلعة، أو يحمل[١] أحدهما عن الآخر على أن يحمل[٢] الآخر عنه، كما يمتنع أسلفنى بشرط أن أسلفك، وإنما أجيز فى الشركة للعمل.

---

(١) فى ط: تحمل.
(٢) فى ط: تحمل.

قال أصبغ: إذا وقعت الشركة بالذمم فما اشتريا بينهما على ما عقدا وتفسخ الشركة وكره ابن القاسم أن يخرجا مالا على أن يتجرا به بالدين مفاوضة، فإن فعلا قال: فما اشترى كل واحد منهما بينهما، وإن جاوز رءوس أموالهما.

قال بعض القرويين: إنما لزم كل واحد منهما ما اشترى صاحبه فى شركة الذمم؛ لأنه كان عنده من باب الوكالة الفاسدة، وقياس قول ابن القاسم اختصاص كل واحد بمشتراه، وهو تأويل سحنون عليه لقوله: «يلزمنى نصف مشتراك وبالعكس»؛ فأشبه المعاوضة بالسلعتين اللتين يشتريان، فلم يلزم ذلك شريكه، كما إذا تشاركا بسلعتين شركة فاسدة، لا يكون البيع فيها فوتا، يوجب على كل واحد نصف سلعة صاحبه؛ لأن يد كل واحد على سلعته؛ فكذلك ههنا.

قال اللخمى: تجوز بالدراهم والدنانير بخمسة شروط:

استواء الصنف من العين

والربح والخسارة على قدر الأموال

وأن يكون المال بينهما على الأمانة.

واختلف فى اشتراط الخلط: فلم يره مالك وابن القاسم؛ لأن المقصود المبايعة، وقيل: يشترط؛ لأنه مبايعة تفتقر إلى مناجزة فى النقدين.

فإن اختلفت السلعة والقيمة، لم يشتركا بالقيمة؛ لأنه ربا، وبالمساواة؛ لأنه زيادة فى الشركة من أحدهما، وأجازها ابن القاسم فى اليسير، والقياس: المنع والمبادلة فى الدنانير بشرط السلف. ومنع محمد عشرة دنانير قائمة ومن الآخر عشرة تنقص حبتين لأنه لم يرد المعروف، ولولا مقارنة الشركة جاز؛ لأن نصف ذلك على ملك صاحبها، فما وقعت المبادلة إلا فى خمسة، فإن عقدا على سلعة واحدة ووزن واحد، ثم أحضر أحدهما أجود، أو كانا قبل ذلك يتكارمان جاز.

فرع: قال اللخمى: لأحدهما تبر وللآخر مسكوك، وتساوى الذهبان -: فإن كثر فضل السكة لم يجز، وإن كافأت جودة اليسير السكة، فقولان كدراهم لأحدهما ودنانير للآخر؛ لأنها حينئذ مبايعة، فتجوز إذا تقابضا التبر والدنانير.

نظائر: قال ابن بشير: اليسير مغتفر فى نحو عشرين مسألة: فى الغرر فى البيع،

والعمل فى الصلاة، والنجاسة إذا وقعت فى إناء على الخلاف، وفى الطعام إذا وقع فى الماء اليسير ولم يتغير، ولا يمنع الوجوب فى نصاب الزكاة، وفى الضحك فى الصلاة، وفى نقصان سننها، ولا يمنع من تصرف المريض، وفى العيب لا يرد به، وكذلك إذا حدث عند المشترى لا يرده إذا رد، وإذا زاده الوكيل على ما أمر لزم، وإذا زاده أحد الشركاء على صاحبه لا يفسد الشركة سوى الأموال والأحمال، والتفاوت اليسير بين السكتين لا يمنع الشركة، وفى هبة العبد من ماله والوصى من مال يتيمه على وجه المصلحة، وتنفيذ شراء السفيه اليسير لبنيه، وفى قراءة الجنب، وفى الكتابة إلى الكفار بالقرآن، وفى قراءة المصلى كتابًا فى الصلاة ليس قرآنًا إذا لم ينطق به، وكذلك إنصاته لمخبر فى الصلاة، وفى بدل الناقص بالوازن، وفيما إذا باع سلعة بدينار إلا درهمين إلى أجل، وفى الصرف فى المسجد، ووصى الأم يصح تصرفه فيه دون الكثير، ويغتفر عند انفصال الشريكين إذا بقى ثوب على أحدهما يسير القيمة، وكذلك عامل القراض، وكذلك الزوج تجب عليه الكسوة إذا كان الذى بقى عليها يسير الثمن، ويشترط على المغارس العمل اليسير، وكذلك المساقى، وعامل القراض على رب المال، وفى الأخذ من طريق المسلمين إذا كان لا يضر، ويترك للمفلس من ماله نحو نفقة الشهر.

فرع: قال: فإن شرطا العمل نصفين والربح والخسارة أثلاثًا، والمال مائة لأحدهما ومائتان للآخر - رجع صاحب المائة بأجرة مثله فى خمسين، وكان الربح والخسارة أثلاثًا، فإن شرطا العمل، فسدت، سواء كانت الخسارة أثلاثًا أو الربح والخسارة أثلاثًا؛ فتكون الخمسون عند صاحب المائة على وجه الهبة أو على وجه السلف.

فإن كان له ربحها وخسارتها على صاحبها، فربحها لربها اتفاقًا؛ لأنه عمل فيها على أنها باقية على ملك صاحبها لما كانت خسارتها ومصيبتها منه. وإن جعل خسارتها من الآخر فتكون سلفًا، أو هبة ولا ترجع بعد اليوم؟ قولان:

[الأول:] ضمانها من المسلف أو الموهوب وربحها له.

والثانى: ضمانها من صاحبها وربحها له؛ لأن الآخر لم يمكن منها تمكينًا صحيحًا لما اشترط أن يَتجِرَ بها فى جملة المال ولا يبين بها، والتحجير يمنع انتقال

ضمانها، [وعلى هذا انتقال ضمانها،][(١)] وعلى هذا يتخرج قوله في المدونة؛ لأنه إنما أسلفه الخمسين على أن أعانه بالعمل، فأراه مفسوخًا ولا ضمان عليه، وضمانها من صاحبها، وربحها له، ووضيعتها عليه، يريد: أنه إن قصد أن تكون سلفًا فلا يكون ذلك؛ لأن مضمون سلفه أن يتجر بها في المال، ولأن يد صاحب المائتين مطلقة في جميع المال، ويختلف في رجوع العامل بأجرة المثل في الخمسين الزائدة: ففي المدونة يرجع وإن خسر المال. وعن مالك لا، وهو أحسن؛ لأن صاحب المائة استأجره، وإن كان جميع العمل على صاحب المال على أن الربح والخسارة نصفان، فيختلف في ضمانه خمسين فإن ضمناه فله ربحها، وإلا فلربها، ويرجع العامل بأجرة المثل في مائة وخمسين؛ لأنه عملها لربها، ويختلف في الإجارة عن خمسين لأنه عملها لربها.

وإن شرطا الربح نصفين والخسارة أثلاثا، جاز، والمائتان قراض على الربع، ولم يضره شرط خلط المائتين على أحد قولي مالك، ولم يتكلم مالك على هذا الوجه، بل إذا شرط الربح والخسارة نصفين، ولو علم أن صاحب المائتين قصد المعروف أو صدقة، أو نحوها، وإلا لم يجز، ثم يختلف هل يضمن ذلك السلف أو الهبة، أم لا لأجل التحجير؟

ويسقط الضمان عنه على أحد القولين، وإن انفرد بالعمل.

فرع: قال: قال مالك: شارك بمائتي دينار من له مائة، ولصاحب المائتين غلامان يعملان معه، فدخل عليهما نقص - فهو على قدر المالين، ولا للشريك في ذلك أجرة؛ لاعتدال الأبدان.

وعنه قديما له أجرة مثله، والأول أحسن إن كان الغلامان يحسنان التجارة، فإن كانا يخدمان فله أجرة مثله في المائتين، وعليه أجرة الغلامين فيما ينوبه من خدمتهما.

فرع: قال: إذا لم يخلطا[(٢)] فثلاثة أحوال: يجمعان المائتين بموضع ويشتريان بهما، أو يشتريان قبل الجمع، وكل واحد متمكن من الشراء بمال صاحبه، أو

(١) كذا في ط.
(٢) في ط: يخلط.

يشترطان ألا يجمعا وأن يكون الشراء بهما على الانفراد، فالشركة فى القسمين الأولين إذا اشتريا قبل الجمع والخلط جائزة، وكل شىء اشترى بمال أحدهما شركة بينهما، ومصيبة ما هلك مما اشترى من مال أحدهما منهما؛ لأنه فعل ما أمره به فهو ملكه، والضائع قبل الشراء وقبل الجمع فمن صاحبه، قاله مالك إذا بقى فى المشترى حق توفية من وزن ونحوه، أما لو تلف المشترى عند صاحبه على وجه الشركة لكان منهما؛ لأن الخلط ليس بشرط الصحة.

وقال سحنون: لا تنعقد إلا بخلط المالين. وحمل أمرهما فيما أخرجا من الدنانير على المبايعة: باع كلاهما نصف ملكه بنصف ملك صاحبه؛ فهى مصارفة، فإذا خلطا كان ذلك قبضًا وفوتًا، وقياس قوله إذا قبض كلاهما دنانير صاحبه فهو قبض ومناجزة وإن لم يخلطا؛ لأن المقبوض نصفه صرف ونصفه وديعة.

ولو صرف رجل منك دنانير، ليكون لك نصفها ونصفها وديعة: جاز، ولو قبض الشريك دنانير صاحبه ولم يقبض الآخر شيئًا، لم تصح الشركة على أصله.

وقول مالك أحسن؛ لأن القصد التجر بها دون المبايعة فيهما، وعلى قول مالك إن هلاك المشترى منهما لو لم يهلك وفيه ربح، فهو لهما، إذا أخرج الآخر مثل دنانير صاحبه، وإن عجز عن الخلف فلا ربح له؛ لأن شريكه لم يرض أن يكون للآخر فى ماله ربح إلا أن يكون للآخر فى ماله ربح.

ومذهب مالك وابن القاسم أن ربح المال الغائب لهما على قدر ماليته فيه، وإن شرطا أن يشترى كل واحد بمائة بانفراده من غير خلط، فسدت الشركة، وما اشتراه أحدهما فله ربحه وعليه وضيعته، وإن جالت أيديهما فى المال واشترى كل واحد بمال الآخر، فهل تكون شركة، أو لمن اشترى بماله؟ قولان.

وقال (ش): يشترط اتحاد السكة فى النقدين، ولم يشترطه (ح) ؛ لاتحاد الجنس، وعارضته الشافعية بأنه لا يقضى بأحدهما عن الآخر فى الإتلاف والأثمان.

واشترط أيضًا الخلط؛ لأن الشركة فى الفرع الذى هو الربح فرع الشركة فى الأصل الذى هو المال، ومع الامتياز لا شركة.

ولم يشترطه (ح) ؛ قياسًا على المضاربة والوكالة، ولأن استحقاق الربح مضاف للعقد وهو حاصل، لا للخلط.

نظائر: قال ابن بشير: للشركة بالعين خمسة شروط: استواء صفة العين، واستواء العمل، والربح والخسران على قدر الأموال، والمال بينهما على الأمانة.

فرع: قال اللخمى: اختلف فى الشركة بمالين، حاضر وغائب: أجازه مالك وابن القاسم، ومنعه سحنون على أصله أنها مبايعة، والأول أحسن، ولو كانت مبايعة امتنع إخراج أحدهما مائة دينار وألف درهم والآخر مثلها، وفى المزارعة كلاهما البذر، وأحدهما العمل، والآخر الأداء؛ لأنه طعام بطعام معهما شيء آخر.

قال مالك: إذا أخرج ألفًا وخمسمائة والآخر خمسمائة وله ألف غائبة، فاشترى بالألفين - فالربح بينهما أرباع.

وقال محمد إن كان كذبه وخدعه فإن باع أولا فعلى النصف، قال: وأرى أن يسأل العامل عن الوجه الذى اشترى عليه، فإن قال: على الأرباع على قدر أموالنا، قبل قوله، وله حينئذ ربع الربح قولا واحدًا، وإن هلك المال قبل وصولها أو خسر، فيه بعد بيعه لم يضمن العامل بالمال المقيم شيئًا، وإن قال، اشتريت؛ ليكون نصفين، قبل قوله، فإن هلك قبل بلوغه أو خسر، ضمن للمقيم خمسمائة، إن هلك المال وما ينوبها من الخسارة، وإن ربحا فالربح أرباع، ويختلف أمر الخسارة والربح، فإن خسر، قال المقيم: أنا أمضى ذلك للمشترى حسبما ألزمت نفسك واشتريت عليه، وإن ربح قال: لم أرض أن يكون لك فى مالى نصيب، إلا أن يكون لى فى مالك مثله، وإلى هذا ذهب غير ابن القاسم، وعلى القول بأن الربح أرباع، اختلف فى الأجرة، فقال ابن القاسم: لا شيء للذى يسافر من الأجرة وهو متطوع. وقال سحنون: له الأقل من أجرة المثل والربح.

فرع: قال اللخمى: إن أخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم، منعه مالك فى الكتاب، وأجازه فى كتاب محمد إذا تناجزا بالحضرة، فأخذ مخرج الدنانير الدراهم وأخذ الآخر الدنانير؛ لأنها مصارفة، وعلى القول بالمنع إن اشترى بالمالين صفقة واحدة كانت بينهما على قدر ما أخرجاه يوم الشراء، لا يوم المفاصلة، فإن أخرج أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، والصرف وقت الشراء عشرون درهمًا بدينار، فالمشترى بينهما أثلاثًا، وإن اشترى لكل مال على حدة، ثم اختلط عليهما، ولم يعلما ما اشترى بكل مال - فالمشترى بينهما على قدر الصرف يوم الشراء كالأولى، وإن علم ما اشترى بكل مال لم تكن بينهما شركة، ولكل واحد ما اشترى

بماله، له ربحه وعليه خسارته.

ومحمل قول ابن القاسم فى المدونة على الشراء بالمالين جملة واختلط عليهما، ومحمل قوله: يعطى هذا بقدر دنانيره والآخر بقدر دراهمه - أن ذلك إذا لم يتغير الصرف وإلا اقتسما أثلاثًا حسبما كان وقت الشراء؛ لأن التجارة [والمبلغ التى اشتريا][١] كانت بينهما كذلك، فلو غلت الدراهم حتى صارت الألف تعدل المائة لم يكن الثمن الذى يبيعها به أنصافًا؛ لأن السلع كانت أثلاثًا، ولو فعلا ذلك لاختص صاحب الدراهم ببعض مال صاحبه.

فرع: فى التنبيهات: شركة الذمم ثلاثة أضرب:

أولها: فى شراء شىء بعينه، فتجوز اعتدلا أو اختلفا، ويتبع كل واحد من ثمن تلك السلعة بقدر نصيبه.

وثانيها: اشتراكهما فى معين على أن يتحمل كل واحد منهما لصاحبه، فيجوز مع الاعتدال فقط.

وثالثها: الشركة على غير معين فلا تجوز؛ لأنه من باب «اضمنى وأضمنك» «وأسلفنى وأسلفك»، فإن وقعت فالمشترى بينهما؛ لأن غير المشترى أذن للمشترى، قاله ابن القاسم. وقال سحنون: لكل واحد ما اشتراه؛ لفساد العقد.

وفى النكت: قيل: إذا نزلت فاسدة إنما يكون ما اشترى بينهما إذا اجتمعا فى شراء ذلك، وإلا فللمشترى، وعهدته عليه.

وفى كتاب محمد بن عبدوس: إذا لم تقع عهدة ما ابتاع كل واحد منهما عليهما جميعًا، فربح ما ابتاع كل واحد وضمانه عليه. وظاهر الموازية، إذا اشتركا بوجوههما بغير مال، على أن يشتريا بالدين ويبيعا، وفات ذلك أن شراء كل واحد بينهما.

قال ابن القصار: شركة الوجوه تمتنع. وقاله (ش)، وجوزه (ح).

لنا: أن الأصل عدم شرعيتها، ولأن حقيقة الشركة أن يشتركا فى شىء عند العقد إما مال أو بدن، ولا واحد؛ فلا يصح، ولا يكفى العقد؛ لأنهما لو جعلا الربح كله لأحدهما لامتنع.

---

(١) كذا فى ط.

احتج بالقياس على شركة الأبدان، وبقوله - تعالى -: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وبقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»، ولأنهما عقدا على الوكالة والشراء للآخر، وذلك جائز حالة الانفراد؛ فيجوز عند الاجتماع.

الجواب عن الأول: أن البدن والصنعة كالعين الموجودة، بخلاف الوجوه.

وعن الثانى والثالث: المعارضة بنهيه - عليه السلام - عن الْغَرَرِ[(١)]، وهذا غرر.

وعن الرابع: نمنع[(٢)] هذه الوكالة على الانفراد؛ لأن الذى يشتريه أحدهما يجوز أن يشتريه الآخر، ومثل هذا فى الوكالة يمتنع، وإنما يجوز ذلك فى الشركة؛ لوجود الرفق المنفى ههنا.

فرع: فى الكتاب: إذا أقعدت صانعًا على أن تتقبل عليه المتاع، ويعمل هو بما رزق الله بينكما نصفان - امتنع، ولا تمتنع الشركة فى عمل الأبدان بأن يكون العمل نوعًا واحدًا فى حانوت واحد، كالصباغين والخياطين، وإن فضل أحدهما فى العمل؛ لأنه لا بد من ذلك.

ولو اشتركا بغير رأس مال، على أن على أحدهما ثلث الصنع وله ثلث الكسب، وعلى الآخر الثلثان وله الثلثان - صح كالأموال، وكذلك الجماعة، وإن احتاجا إلى رأس مال أخرجاه بالسوية، وعملا جميعًا.

فإن أخرج أحدهما ثلث رأس المال، والآخر الثلثين، ويعملان، والربح نصفان - امتنع؛ لأكل المال بالباطل فى ربح الزائد فى أحد المالين، ويجوز إذا استووا فى الجميع.

ويمتنع لأحدهما الحانوت والآخر الأداة، أو دابة والآخر رحى، إن كانت الإجارة مختلفة؛ لعدم الضرورة. وإن تطاول أحد القصارين بماعون تافه: كالقصرية، والمدقة، جاز، ويمتنع ما له قدر حتى يشتركا فى ملكه أو يكريه من الآخر.

فائدة: فى التنبيهات: المدقة، بضم الميم والدال، والمدقة: بفتح الدال وكسر الميم، وهى الإرزبة - بكسر الهمزة - التى يدق بها الثياب.

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: تمنع.

قال صاحب التنبيهات: يشترط فى الشركة: التقارب فى القدرة، والمعرفة بذلك العمل وقد تأول ما وقع فى العتبية من جواز الافتراق، بأنهما يتعاونان فى الموضعين سواء، وعلى هذا يكون موافقًا للمدونة، وليس المقصود فى الموضع الواحد إلا اتفاق نفاق السوق ومنافعه، وإذا تباعدا ربما كانت المنفعة لأحدهما فقط؛ فيكون غررا، وأكل المال بالباطل.

وعن ابن القاسم: المنع إلا بالشركة فى الآلة بالكراء، من غيرهما أو بالملك، ولا يؤجر[1] أحدهما نصف الآلة من الآخر وهو يملك الجميع، وظاهر الكتاب جوازه.

وفى النكت: الفرق بين شركة الأبدان، يشترط اتحاد المكان، بخلاف الأموال - أنهما إذا افترقا بينهما رابط وهو المال ولا يضر، بخلاف الافتراق بالأبدان: يبتدئ كل واحد بعمله، فتبطل الشركة، وقوله فى المدونة: لا يجوز قصار وحداد، معناه: إلا أن يكونا يتجران بأموالهما أو بصنعتيهما؛ فيجوز.

والذى يقعد رجلا فى حانوت، له ثلاث حالات:

أن يقبل صاحب الحانوت المتاع وعهدته عليه، فالغلة له والضمان عليه دون الصانع، وللصانع أجر مثله.

أو الصانع كذلك، فالغلة له، ولصاحب الحانوت أجرة حانوته، ولصاحب الحانوت - أيضًا - أجرة المثل، إن كان يتولى الأخذ له على أن الضمان على العامل خاصة.

أو يتقبلان جميعًا، اشتركا فى الغلة والضمان ويتراجعان فى الأجرة.

قال اللخمى: شركة الأبدان تجوز بخمسة شروط: اتحاد الصنعة، وتساوى السرعة والإبطاء، والجودة والرداءة، أو يتقاربان، واتحاد الموضع، والشركة فى الأداءة، وإنما أجيزت للمعاونة، وإذا اختلفت الصنعة انتفت المعاونة، ويكون كل واحد باع بنصف كسب صاحبه لغير ضرورة، وكذلك افتراق المكان، وإن اختلطا، كان بيع منافع بمنافع، وهو جائز، فإن كان أحدهما أسرع بالأمر البين، جازت على التفاضل على قدر أعمالهما، دون المساواة؛ لأكل المال بالباطل.

---

(١) فى ط: يواجر.

وإن تباينا فى الجودة، وأكثر ما يصنعانه الدنىء: جازت؛ لأن الأعلى يعمل أدنى، ولا حكم للقليل أو كثرة الأعلى أو كل واحد كثير امتنعت للغرر.

وفى العتبية: إجازة افتراق المكان، وقد اختلف فى هذا الأصل، فيمن استأجر أجيرًا على أن يجيئه بالغلة: فعلى الجواز يجوز افتراقهما فى موضعين، والصنعة واحدة أو مختلفة؛ لأن كل واحد باع نصف منافعه على أن يبيعها لمشتريها منه، ولا فرق بين استئجاره على أن يجيئه بالغلة بدراهم أو بنصف منافعه.

وإن [اشترك حائكان][(١)] بأموالهما، وأحدهما يعمل، والآخر يخدم ويشترى ويبيع، ولا يحسن النسج، وقيمة العمل والخدمة سواء - جاز، وكذلك بغير رأس مال، فيستقبلان العمل ليعمل أحدهما ويخدم الآخر، وتساوت القيمة، بخلاف مختلفى الصنعة، لعدم مساعدة أحدهما للآخر فى عين تلك الصنعة، ومتى جاء للحائكين شغل، عملا جميعًا وإلا تعطلا جميعًا.

ولذلك أجيزت فى طلب اللؤلؤ: أحدهما يغوص والآخر يغرف، واشترطا التساوى فيما يخرج، وإن كانت أجرة المخرج أكثر، امتنعت إلا على قدر أجرته.

وإن كانا صباغين، ورأس المال فيما يصبغان به من نيل أو غيره، والعمل على جزء واحد، نصف أو ثلث - جاز. وإن خالفا الأجزاء، وجعلا العمل نصفين، وما يصبغان ثلثا وثلثين - فنصف ما أصابا لصاحب الثلثين، وثلث لصاحب الثلث، ويبقى سدس، لواحد فيه رأس المال وللآخر[(٢)] العمل، فنصف ما أصابا فيه على قدر ما لهما فيه من رأس المال والعمل؛ لأن ذلك الجزء الفاضل هبة أو سلف بشرط الشركة.

ومذهب مالك وابن القاسم: أن الواهب والمسلف لم يمكن من ذلك لما كانا بشرط أن يعمل[(٣)] الآخر معه، وإذا لم يكن فيه تمكين، فمصيبته من صاحبه، وما بيع به له، ويشارك الآخر بقدر عمله فيه، وقد قيل: إن ذلك قبض بما أصابا بينهما بالسواء، ويرجع صاحب الكثير على صاحبه بمثل ما أسلفه أو وهبه.

ولو كان ذلك الزائد ليس على وجه الهبة ولا السلف، وإنما وهبه الربح فقال: إن

(١) فى ط: اشتركا.
(٢) فى ط: والآخر.
(٣) فى ط: يصل.

خسرنا اقتسمنا رأس المال أثلاثًا، وإن ربحنا فالربح نصفان - لكانت هبة الربح للواهب وحده؛ لأن مصيبة ذلك الزائد من صاحبه قولا واحدًا؛ لأن العامل عمل فيه على ملك صاحب الأكثر، وللآخر الربح وهى هبة فاسدة ترد للواهب، ويقسط ما بيع به ذلك الزائد على قدره من قدر العمل.

قال ابن القاسم: فإن اشتركوا فى الطحين، لأحدهما البيت وللآخر الرحى، وللآخر الدابة، اقتسموا ما أصابوا أثلاثًا؛ لأن رءوس أموالهم عمل أيديهم، فإن استوت أجرة البيت والرحى والدابة، فلا تراجع، وإلا رجع من له فضل على صاحبه، ولو لم يصيبوا شيئًا قال لترادوا فضل[1] الكراء.

وقال محمد: يقتسمون ما أصابوا على قدر أكرية مالهم، فإن فضل فضل قسم على أجرة كل واحد منهم، فإن فضل بعد ذلك، نظر إلى جملة ما اجتمع لكل واحد، فيقسم الفضل على قدر ذلك. قال: وإن لم يصيبوا إلا مثل ما يعلفون وينفقون، رجع بعضهم على بعض، ويخرجون ذلك من أموالهم. وليس هذا بحسن. قال: وأرى أن رأس المال: الرحى والدابة؛ لأن الإجارة والثمن المأخوذ، إنما هو عنهما، وليس عن البيت والعمل، وليس للشركاء فى ذلك إلا رباط الدابة والمعونة اللطيفة، ولا تراجع فى عمل أيديهم لاستوائهم فيه.

قال ابن القاسم: وإن كان العامل صاحب الدابة وحده، فله ما أصاب، وعليه أجرة البيت والرحى. وإن لم يصب شيئًا، قال: كمن دفع دابته أو سفينته على أن له نصف ما يكسب عليها. قال: وليس هذا بالبين، بل بعض ما أصاب على قدر إجارة الرحى والدابة، فما ناب الرحى من العمل رجع عليه العامل فيه بأجرة المثل؛ لأن صاحب الرحى لم يبع من العامل منافعها، وإنما أذن له فى إجارتها، وله بعض الأجرة، ثم يغرمان جميعًا إجارة البيت، وكذلك إذا كان العامل، صاحب الرحى، فعلى قول ابن القاسم، له ما أصاب، وعليه أجرة المثل، والقياس: الفضل كما تقدم، إلا أن يكون الذى يطحن عليها طعام نفسه، ولا يؤجرها من الناس، وكذلك الدابة، إن قال له أجرها فباع منافعها من الناس؛ فالأجرة لصاحبها، وللمؤجر أجرة المثل. وإن قال اعمل عليها، فحمل عليها تجارة أو ما يحتطبه، فما باع من ذلك

---

(١) فى ط: وافضل.

للعامل، وللآخر أجرة المثل، وكذلك الرحى والدابة، إن دخل على أن يؤاجرهما من الناس، فالأجرة لأصحابها، وللعامل أجرة المثل، وإن دخل على أن يعمل فيها طعامه، فربح مالا له وعليه أجرة المثل.

تمهيد: وافقنا (ح) فى شركة الأبدان، وزاد علينا بجواز افتراق موضعهما، واختلاف صنعتهما، وجعله من باب التوكيل.

وخالفنا (ش) مطلقًا؛ لأنه يشترط كون رأس المال موجودًا ومعلومًا، وأن يُخلط المالان، وكل ذلك معدوم ههنا.

ونحن نقول: هذه الصنائع فى حكم الموجود، لصحة عقد الإجارة عليها، ولقوله - تعالى -: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ . . .﴾ الآية [الأنفال: ٤١] فجعل الغانمين شركاء فيما غنموا بقتالهم، وهى شركة الأبدان، وروى أن ابن مسعود شارك سعدًا يوم بدر، فأصاب سعد فرسين، ولم يصب ابن مسعود شيئًا، ولم ينكر عليهما النبى، عليه السلام. أو القياس على المضاربة؛ ولأن مقصود شركة الأموال الربح وهو مما يحصل؛ لأنهما لو شرطا العمل من عند أحدهما، امتنع، ولو شرط المال من عند أحدهما، والعمل من الآخر: صح، وكان مضاربة بالعمل الأصل، وهو نظير المال لمقابلته له، ولأن المنافع والأعيان سواء فى جواز العقد عليهما فى البيع والإجارة، وبه يظهر الفرق بينه وبين شركة الوجوه؛ لأن فى الوجوه لا مال ولا صنعة تقوم مقامه، أو نقول: أحد أصلى القراض؛ فجازت به كالقراض، بل أولى لاتفاقهما ههنا فى العمل وثم عمل ومال، وأصل الشركة التساوى، أو نقول إذا أخذ ثوبًا ليخيطه بعشرة، فأجر غيره ليخيطه بخمسة صح، فقد أخذ خمسة بعمل غيره؛ فكذلك ههنا، أو نقول: إذا اشتركا بالمال، ضمن كل واحد نصف ما يشتريه الآخر، فقد صار الضمان سببا لاستحقاق الربح فكذلك ههنا؛ لأن الصناع يضمنون عندنا.

احتجوا بالقياس على شركة الوجوه؛ لأن كل واحد منفرد بعمل نفسه، أو المنافع الحاصلة منهما مجهولة؛ فتمتنع كالشركة بالمال المجهول، أو لأن كل أحد باع نصف كسبه بنصف كسب صاحبه، فيمتنع، وبيع الكسب بالكسب حرام، أو يمتنع بالقياس على ما اشتركا بجملين وعليهما كلف الجملين، والكسب بينهما.

والجواب عن الأول: أنه قد تقدم الفرق.

والجواب عن الثانى: منع الجهالة وذلك معلوم بالعادة بدليل صحة الإجارة والمضاربة على المنافع.

والجواب عن الثالث: أن ذلك لازم فى شركة المال، أن كل واحد باع نصف ربحه بنصف ربح صاحبه، وذلك مغتفر فى الصورتين للرفق.

والجواب عن الرابع: أن شركة الدواب والحمل على الرءوس تجوز، إذا اشتركا فى شىء بعينه لا يفترقان فيه، فأما إذا افترقا فلا رفق لأحدهما بالآخر، بخلاف مسألتنا.

فرع: فى الكتاب عن مالك، المنع من شركة الحرث، إلا أن يشتركا فى رقاب الدواب والآلة، ليضمنا ما هلك، وعنه: إن ساوى ما يخرج من البقر والآلة كراء ما يخرج الآخر من الأرض والعمل واعتدلا فى البذر، جاز، وقد تقدم بسط ذلك فى المزارعة.

فرع: قال: لأحدهما رحى، وللآخر دابة، وللآخر بيت، على أن يعملوا بأيديهم، والكسب أثلاث، وعملوا على ذلك وجهلوا المنع - فما أصابوا أثلاثًا إن استوت أكرية الثلاثة، وتصح الشركة؛ لأن كل واحد أكرى متاعه بمتاع صاحبه، وإن اختلفت [أكريتهم قسموا][1] أثلاثًا؛ لأن رءوس أموالهم عمل أيديهم، وهو مستو، ويرجع من له فضل[2] كراء على صاحبه، وإن لم يصيبوا شيئًا كالكراء الفاسد، ولا تراجع فى كراء الأيدى لتساويهم فيه. وإن اشترط صاحبا البيت والرحى العمل على رب البغل، فعمل، فله الربح، وعليه الوضيعة؛ لأن غلة دابته رأس المال، وعليه أجرة الرحى والبيت، وإن لم يصيبوا شيئًا؛ كالدابة يعمل عليها بنصف الكسب.

قال صاحب التنبيهات: ظاهر الكتاب: المنع، حتى يكترى كل واحد نصيبه فنصيب صاحبه إذا كان مستويًا. وأجازه سحنون إذا استويا.

قال أبو محمد: معنى قوله: الشركة صحيحة، أى آلت إلى الصحة، لا أنها تجوز ابتداء للجهل بالأكرية.

(١) فى ط: أكريه ماقسموا.
(٢) فى ط: أفضل.

قال ابن يونس: صفة التراجع مع الاختلاف، كراء البيت ثلاثة دراهم، والدابة درهمان، والرحى درهم، فاستووا فى درهم، فلا يتراجعوا فيه، ولصاحب البيت فضلٌ درهمان له منهما ثلثا درهم على كل واحد من صاحبيه، ولصاحب الدابة فضل درهم له ثلث درهم على كل واحد من صاحبيه فإذا طالب صاحب البيت صاحب الدابة بثلثى درهم، طالبه صاحب الدابة بثلث درهم، فيبقى له ثلث درهم، ولصاحب الدابة ثلث درهم على صاحب الرحى، ولصاحب البيت ثلثا درهم، وعلى صاحب الرحى أيضًا يغرم لكل واحد ثلث درهم، فيدفعه صاحب الدابة إلى صاحب البيت؛ فيحصل له درهم ويستزيد[1] إن لم يزد شيئًا من عند نفسه.

وإذا حضروا كلهم وهم أملياء، وطلبوا المحاسبة: دفع صاحب الرحى لصاحب البيت درهمًا، ثلثه عن صاحب الدابة، وثلثان مما له قبله؛ لأن جميع إجارة البيت والدابة والرحى ستة دراهم، فللدابة درهمان؛ فلا شيء له ولا عليه، ويرجع صاحب البيت على صاحب الرحى بدرهم؛ فيعتدلوا.

وقال محمد: إذا فات ذلك بالعمل، قسموا ما أصابوه على قدر قيمة كراء كل واحد منهم، فإن فضل شيء قسموا ذلك على قدر إجارة كل واحد بيديه، وإن فضل شيء قسم على ما حصل بيد كل واحد منهم، بأن يكون المصاب ثمانية عشرة، ويكون كراء البيت ثلاثة والدابة درهمان والرحى درهم، فلكل واحد كراء ماله وكراء يده، وهو مثلا لكل واحد درهم، فيبقى من المصاب تسعة يقتسمونها على التسعة الأولى؛ فيصير لصاحب البيت ثمانية، ولصاحب الدابة ستة ولصاحب الرحى أربعة.

وقال بعض القرويين: الأشبه أن يكون عمل أيديهم وكراء آلتهم رءوس أموالهم، فيضيف كل واحد عمل يده إلى كراء ما أخرج، ويجمع ذلك كله، ويقسم المصاب على ذلك؛ فلا يختص برأس المال عمل البدن دون عمل الآلة؛ لأن ذلك كله رأس مال فإن عجز المصاب عن كراء الآلة، فينبغى ألا يتراجعا فى الذمم بما فضل بعضهم على بعض؛ لأن يد كل واحد على ما أكراه كراء فاسد، فلا يضمن شريكه له، كما إذا اشتركا [فى] سلعتين شركة فاسدة، فباعوا: لم يضمن واحد لصاحبه قيمة نصيبه، وإنما رءوس أموالهما ما باعوا به، وهو قول حسن راجع إلى قول محمد: إذا كان ما

---

(١) فى ط: ويتزن.

أصابوه قدر كراء آلتهم وعمل أيديهم فأكثر لا يستخلف ذلك فى القسمة، وإن كان أقل من ذلك، اختلف، ووقع الظلم بينهم، إذا بدئ بأكرية الآلة أو بأكرية الأيدى؛ إذ قد يكون كراء آلة أحدهم عشرة، وأجرة يده عشرة، فإذا أصابوا قدر أجرة الآلة وبدئ بالقسمة عليها، ظلم من أجرة آلته قليلة وأجرة يده كثيرة. وإن بدئ بالقسمة على أجرة الأيدى، ظلم صاحب الآلة؛ فأعدل الأقوال: جمع أكرية الجميع، ويقسم ما أصابوا عليه، ولأن ما أخرجوه مما يكرى؛ فيكون كراؤه رأس المال، كثمن السلعتين فى الشركة الفاسدة؛ فإن رأس المال ما [بيعتا به][(١)].

قال اللخمى: أرى أن يكون رأس المال، الرحى والدابة؛ لأن الإجارة والثمن المأخوذ، إنما هو عنهما، دون البيت وعمل اليد، وليس للشركاء فى ذلك إلا ربط الدابة، وهو يسير، ولا يتراجعون فى عمل أيديهم؛ لأنه يسير.

قال ابن القاسم: وإن عمل صاحب الدابة وحده، فله ما أصاب، وعليه أجرة البيت والرحى، وإن لم يصب شيئًا. وليس بالبين، وأرى ما أصاب مفضوضا[(٢)] على أجرة الرحى والدابة: فما ناب الرحى من العمل، رجع عليه العامل فيه بأجرة المثل؛ لأن صاحب الرحى لم يبع من العامل منافعها، وإنما وكله فى إجارتها، وله بعض الأجرة، فهو يؤاجرها على صاحبها، ثم يغرمان جميعًا أجرة البيت، وكذلك إذا كان العامل صاحب الرحى. فقول [ابن القاسم وما عليه][(٣)]، والمختار ما تقدم إلا أن يكون الذى يطحن عليهما طعام نفسه؛ فيكون كمن قال لك: ما تكسب عليها، وكذلك الدابة، وقد تقدم بعض هذا البحث

فرع: فى الكتاب: إذا مرض أحد شريكى الصنعة أو غاب يومًا أو يومين؛ فعمل صاحبه: فالعمل بينهما؛ لأنه عادة الشركاء، وما تفاحش وطال، إن أحب العامل أعطاه نصف ما عمل، جاز إن لم يعقد فى أصل الشركة على ذلك، فيمتنع للغرر، فإن نزل فما اشتركا فيه بينهما، وما اختص بذى العمل لصاحبه.

---

(١) فى ط: بيبعا له.
(٢) فى ط: مفوضًا.
(٣) كذا فى ط.

قال ابن يونس: قال[1] بعض القرويين: إن لم يعقدا على ذلك ينبغى أن القدر الذى لو صح ذلك كان بينهما، أن يكون بينهما، والزائد للعامل وحده، ويتسامح فى الشركة الصحيحة عن التفاضل اليسير، بخلاف الفاسدة.

قال ابن حبيب: هذا فى شركة الأبدان، أما فى شركة الأموال فللذى عمل نصف أجرته على صاحبه، والفضل بينهما؛ لأن المال أخذه، وإذا تقبل أحدهما شيئًا بعد طول مرض أو غيبة فهو له.

قال بعض القرويين: وإذا تقبلا جميعًا ثم غاب أحدهما طويلا، فالإجارة بينهما، ويرجع العامل على شريكه بأجرة مثله؛ لأنه تحمل عن صاحبه بالعمل، بخلاف حافرى العين، يستأجران، فيمرض أحدهما؛ فلا يلزم الثانى أن يعمل ما يلزم صاحبه، فإن عمل، قال ابن القاسم: هو متطوع، كمن خاط لإنسان ثوبًا بغير إذنه، لا غرم عليه لصاحبه، ومن رأى أنه متطوع لرب الدين، رأى أن بالمرض انفسخت الإجارة؛ للضرر عليه، كمرض الدابة فى السفر، والفرق بين الدين وما يتقبلانه من المتاع: أن المتاع مما يضمن، إذا ضاع ما تحملا، ضمنا ووجب عليهما عمله، والبئر مما لا يضمن؛ فلم يجب على الصحيح حفر نائب المريض؛ فصار متطوعًا بالحفر.

قال اللخمى: إذا مرض أحدهما أو مات أو غاب؛ فعلى الآخر جميع العمل، كان فى الذمة أو على أعيانهما؛ لأنهما اشتركا على ذلك، وعليه دخل مستأجرهما؛ لأنه ربما جالت أيديهما فى عمل الشىء الواحد، بخلاف غير الشريكين، إذا كانت الإجارة على عمل رجل، لا يضمن أحد عنه ذلك العمل. ولو أجر رجلان أنفسهما فى عمل شىء بعينه، أو كانت الإجارة فى الذمة - لا يلزم أحدهما أن يوفى عن الآخر، بخلاف الأول؛ لأنهما متفاوضان، ويلزم أحدهما ما يلزم الآخر.

وإذا عقدا فى الصحة، ثم حدث مرض خفيف أو طويل أو غاب أحدهما قريبا أو بعيدا - فعلى الصحيح والحاضر القيام بجميع العمل، وكذلك إذا عقدا الإجارة على شىء فى أول المرض، ثم برئ قريبًا أو بعيدًا، أو فى سفر أحدهما إلى قرب، ثم

(١) فى ط: قاله.

رجع عن قرب أو بعد - فعلى الصحيح والحاضر القيام بجميع العمل، هذا فى حق الذى له العمل، وكذلك فى المسمى الذى عقدا عليه: هو بينهما نصفان، وإن طال المرض أو السفر، رجع على صاحبه بأجرة المثل، وإلا فلا؛ جريا على العادة، ولو اشتركا على عدم التراجع فى الكثير، فسدت؛ لأنه غرر.

فرع: فى الكتاب: ما تقبل أحد شريكى الصنعة، لزم الآخر عمله وضمانه، يؤخذ بذلك، وإن افترقا؛ لأنه عقد الشركة.

فرع: قال: تجوز شركة المعلمين فى مكتب واحد لا موضعين والأطباء إن اشتركوا فى ثمن الدواء، ولا يشترك الحمالان على رءوسهما ودوابهما؛ لافتراقهما، إلا أن يجتمعا فى شىء بعينه إلى غاية؛ فيجوز على الرءوس أو الدواب، وإن جمعا دابتيهما، على أن يكرياهما، والكراء بينهما: امتنع؛ لأنه قد يكرى أحدهما دون الآخر فهو غرر، وكذلك على رقابهما، وقد تختلف الغايات إلا فيما [لا][(١)] يفترقان فيه؛ فيجوز لعدم الغرر.

قال ابن يونس: لا يكون لأعلمهما[(٢)] من الكسب بقدر علمه؛ لاستوائهما فيما يعلمانه الصبيان.

قال اللخمى: لا يشترك طبائعى وجوائجى ولا أحدهما وكحال؛ لأن الاختلاف غرر من غير رفق معتبر، ويصير كسبا بكسب، ويجوز طبائعى كحال مع كحال، إذا اختص الطبائعى بما يدخل من قبل الطبائع، وإلا لم يجز، ويمتنع طبهما واحد، وحصتهما من الكسب مختلفة، وكذلك لا يختلف رأس المال.

وشركة المعلمين جائزة إن اتحد صنف ما يعلمانه، فإن كان أحدهما قرآنًا والآخر نحوًا أوغيره امتنع؛ لعدم التعاون، وإن كانا يعلمان القرآن ويزيد أحدهما نحوًا أو حسابًا، وتعليم الزائد فى ذلك الموضع تبع، لا يزاد لأجله فى الأجرة جازت، وكذلك إن كان يسيرًا، وإن كان له قدر، امتنعت الشركة إلا أن يختص صاحبه بأجرته، وإذا لم تكن الدواب مشتراة، تمتنع؛ لأنه يريد راحة دابته، ويحمل على دابة شريكه، وإن اشتركا فيهما، جازت، اتفق الحمل أم لا؛ لأن صحبة أحدهما

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: علمهما.

الدابة، وجلوس الآخر تبع.

قال ابن حبيب: يجوز ذلك، وإن افترقا فى البلدان، وإن بعد أحد الموضعين وقرب الآخر. وإن كانت الدواب لأحدهما، فاستأجر الآخر نصفها ليحمل عليها بإجارته - جاز لأنه يجوز أن يستأجر دابة ليؤاجرها مع إمكان تيسر إجارتها وتعسرها، ولا تفسد الإجارة لذلك، وكذلك إن استأجراها جميعًا من ثالث، ليشتركا فى منافعها وإيجارها إذا عقدا الإجارة عقدًا واحدًا، وإن استأجر كل واحد دابة لنفسه، امتنع.

فرع: فى الكتاب تجوز فى الاحتطاب والاحتشاش وأن يحملا على رقابهما ثمار البرية، أو دوابهما، إذا كان جميع ذلك من موضع واحد، وإلا فلا، وفى صيد السمك وغيره، ولا يفترقان؛ لأنه تعاون يضطر إليه.

ولا يشتركان بالكلبين إلا أن يملكا رقابهما، ولا يفترق الكلبان أو البازيان فى طلب ولا أخذ.

قال اللخمى: إذا اشتركا فى الكلاب والبزاة، جاز، وإن افترقا فى الاصطياد؛ لأن البازى كرأس المال فأشبه الاشتراك فى الأموال، فيجوز الافتراق، وإن لم يشتركا بالبزاة جازت، إن اجتمعا ليتعاونا وإلا فلا؛ لأنه بيع كسب بكسب، وإن صادا بالنبل، ويرسلان سهميهما معا، جازت، وإلا فلا.

وتجوز بالشباك إذا طرحاها مرة واحدة على السمك، وكذلك إن نصب هذا مرة وهذا مرة؛ للضرورة، ويمتنع مع عدم الضرورة، وكذلك يجوز فى الاحتطاب، وإن لم يجتمعا فى موضع البيع، إذا اجتمعا فى الاحتطاب، وإن افترقا فى الأصل امتنع وإن اجتمعا فى حمل ذلك أو بيعه؛ لأنه فى الأول عمل بعمل، وفى الثانى كسب بكسب، إلا أن يكون الكسب والاحتطاب فى موضع، ويشترط أحدهما على الآخر البيع فى موضع كذا على بعد والآخر على قرب؛ فيمتنع، وما وجد: قيمته بينهما على السواء، ويرجع من أبعد على صاحبه بأجرة المثل فيما عمل.

ومنع (ش)، و (ح) الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وسائر المباحات؛ لأن الشركة تبع للوكالة، والوكالة فى المباح تمتنع.

وجوابه: بل الوكالة للرفق وهو حاصل.

فرع: فى الكتاب: تجوز فى حفر القبور والمعادن والآبار وعمل الطين وقطع

الحجارة، إذا لم يفترقا، خلافا (ش)، ويمتنع فى موضعين، هو أو هذا فى غار وهذا فى غار للغرر. وإن مات أحدهما بعد إدراك النيل فالسلطان يقطعه لمن يرى، والمعادن كلها سواء النقدان وغيرهما.

فى التنبيهات: قال سحنون: الإقطاع بعد النيل وموت العامل إن لم تكن سنة فلا ينبغى. وقال غيره، لعله يريد - فى الكتاب - إذا لم يدرك نيلا.

وقال أشهب: النيل لوارث العامل، كسائر الحقوق، وإن لم يدركه. وقال غيره: إن قدر ورثته على العمل، فهم أحق.

وفى النكت قال الشيخ أبو الحسن: معنى ما فى الكتاب: أنهما أخرجا النيل فاقتسماه، وليس للوارث التمادى على العمل إلا بقطيعة من الإمام.

وكره مالك طلب الكنوز فى قبور الجاهلية، لقوله - عليه السلام -: «لَا تَدْخُلُوا عَلَى هَؤُلَاءِ الْمُعَذَّبِينَ إِلَّا وَأَنْتُمْ بَاكُونَ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا بَاكِينَ فَلَا تَدْخُلُوا عَلَيْهِمْ»، أو خشية مصادفة قبر نبى، أو رجل صالح. وأجازه ابن القاسم، واستخف غسل ترابهم.

فرع: فى الكتاب: تجوز بعرضين مختلفين، أو متفقين، أو طعام وعرض، على قيمة ما أخرج كل واحد يومئذ، وبقدره الربح والعمل؛ خلافا (ش) فى تخصيصه بالنقدين، وإن اتفقت قيمة العرضين المختلفين، وعرفا ذلك عند العقد واشتركا بهما، جاز؛ لأنه بيع لنصف هذا بالنصف الآخر، فإذا قوما وأشهدا، جاز، وإن لم يذكرا بيعًا. ولو اشترطا التساوى فى الشركة بالسلع. فلما قوما تفاضلت القيم - فإن لم يعملا[1] أخذ كل واحد سلعته وبطلت الشركة، فإن فاتت السلعتان، وعملا على ذلك فرأس مال كل واحد ما بيعت به سلعته، وبقدر ذلك الربح والخسارة، ويرجع من قل ماله بفضل عمله على صاحبه، ولا يضمن صاحب السلعة القليلة فضل حصة صاحبه؛ لأن فضل سلعته لم يقع فيه بينهما بيع، ومتى وقعت فاسدة، فرأس مال كل واحد، ما بيعت به سلعته، لا ما قومت، والربح يقسم على قدر ذلك، والصحيحة [رأس مالهما][2] ما قوما به يوم اشتركا دون ما بيع به لصحة العقد أولا، فصار كل

---

(١) فى ط: يعلما.
(٢) فى أ: رأس ما بينهما.

واحد باع نصف عرضه بالنصف الآخر حينئذ والفاسدة لم يبعه ما يوجب ضمانًا.

في التنبيهات: لا يختص الفوات في الفاسدة بالبيع، بل بحوالة الأسواق كالبيع الفاسد؛ لأنها بيع.

وفي النكت: إن جهلا ما بيعت به السلع، رجع للقيمة يوم البيع، بخلاف الفاسد إذا قبض لأن أيديهما على السلعتين، ولم يجعل لكل واحد ثمن السلعة التي اشتريت بما له في الشركة بالدنانير من عند هذا، وبالدراهم من عند هذا، وجعل لكل واحد ههنا ثمن سلعته؛ لأن الدراهم والدنانير قد فات الأمر فيهما، لما تصرفا فيهما بالشراء، والعرضان لم يحصل فيهما فوت؛ لأن ثمنهما معلوم وبيد كل واحد سلعته.

قال اللخمي: إن اشتركا، والقصد بيع بعض أحدهما ببعض الآخر، ولا يتحريان الأثمان إذا بيعا، فجائزة. وإن كان فيهما تغابن من فضل أحدهما على الآخر، والقصد تحري أثمانهما - جازت، على أن لكل واحد قيمة سلعته، وإن اشتركا على المساواة والقيم مختلفة، امتنع، وحينئذ لكل واحد ما بيعت به سلعته؛ لأن للشريكين أن يتصرفا، فقبض المشتري كلا قبض. وقيل: ذلك قبض، وقاله مالك فيما إذا أخرج أحدهما ذهبا والآخر فضة، فإن الشركة صحيحة والقبض صحيح تصح به المتاجرة في الصرف، وعلى هذا قبض كل واحد سلعة صاحبه، يضمنه نصف قيمتها يوم قبضها، ويصير ما يجري بينهما نصفين. وإن باع السلعة قبل قبضها، فهل بيع المشتري كالقبض يوجب عليه نصف القيمة، ويكون له نصف الثمن؟ أو ليس بقبض، والثمن لمن كانت له السلعة؟

وإن باع كل واحد سلعة نفسه قبل قبضها منه، أو بعد قبضها وقبل وقوعها عند القابض بحوالة الأسواق أو جسم - فالثمن له دون الشريك، وإن كان بيعه لها بعد القبض والفوت بتغير جسم أو سوق، فالثمن بينهما وعلى كل واحد نصف قيمة سلعة صاحبه. وإن قبض أحدهما سلعة صاحبه ثم باعهما جميعًا - فثمن سلعته له، وثمن سلعة صاحبه بينهما وعليه لصاحبه نصف قيمتها، فإن تجرا[1] بعد ذلك، فالمشتري بينهما، على قدر ذلك لأحدهما بقدر ثمن سلعته، ونصف ثمن سلعة

---

(١) في ط: تجرأ.

صاحبه، وللآخر قدر نصف ثمن سلعة صاحبه. فإن أخرج أحدهما عروضًا والآخر عينًا أو حيوانًا أو طعامًا، جازت إن اعتدلت القيم، وإن اختلفت امتنع على المساواة فى القيم، فإن ترك ذلك فكما تقدم فى العرضين.

فرع: فى الكتاب: تجوز بالعروض المماثلة والمتقومة من صنف أو صنفين، إذا اتفقت[1] القيم، وبطعام ودراهم، وبعين وعرض إذا اتفقت القيم، وبقدر ذلك الربح والعمل. وتمتنع بالطعام والشراب، كان مثليا أم لا؟ صنفا واحدا أم لا، عند مالك.

وأجاز ابن القاسم المتفق الصفة والجودة على الكيل. قال: ولا أعلم للمنع وجهًا، وتمنع سمراء ومحمولة، وإن اتفقت القيم.

كما تمتنع بدراهم ودنانير تتفق قيمتاهما؛ لأن مع التماثل يكون القصد الرفق بالشركة، ومع الاختلاف، يتوقع القصد للمبايعة مع عدم المناجزة.

وإذا وقعت فاسدة بالطعام، فرأس مال كل واحد ما بيع به طعامه؛ إذ هو فى ضمانه حتى يباع، ولو خلطاه قبل البيع فقيمة كل واحد يوم خلطا.

وتجوز بدنانير أو بدراهم منهما متفقة النفاق والعين والربح والوضيعة والعمل على ذلك، وإلا امتنع للغبن والغرر.

فإن نزل، فالربح والخسارة على قدر رءوس الأموال، وكذلك لو لحقهما دين من تجارتهما بعد أن خسرا المال كله، ويرجع من له فضل عمل على صاحبه، ويبطل الشرط، ولا يضمن قليل المال لصاحبه ما فضله به؛ لأنه ليس بسلف؛ لأن ربحه لربه، ولو صح عقد المتفاوضين فى المال، فتطوع صاحب الأقل بالعمل فى جميع المال جاز، ولا أجرة له.

فى النكت: منع مالك الطعام؛ لأن كل واحد باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه، ويد كل واحد على ما باعا، فإذا تصرفا وباعا، كان بيع الطعام قبل قبضه، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل؛ لأن يد كل واحد على طعامه، والفرق بينه وبين الدنانير والدراهم: أنها مستوية فى المقاصد، فلو كان فيها شىء له فضل، امتنعت به الشركة، إذا ضم إلى ما ليس مثله، والشركة لابد فيها من الاستواء فى الصفة والقيمة، وهو متعذر فى ذلك، بل الغالب الاختلاف فى الطعام، وإنما يغرم المتلف

---

(١) فى ط: الفقت.

المثل للضرورة بخلاف الشركة.

قال بعض القرويين: تجوز - على مذهب ابن القاسم - الشركة بالطعام المختلف يسيرًا، كما جازت يزيدية ومحمدية مختلفة النفاق شيئًا يسيرًا.

قال ابن يونس على تعليل النكت: الأول يلزم جوازها بالطعامين المختلفين الذين يجوز التفاضل بينهما، إذا استوت القيمة، وقد منعه مالك وابن القاسم بالعلة الأخرى، وهى الحق وقال سحنون كيف يلحقهما دين بعد خسارة المال، وهما لا يشتريان بالدين؟! قال: ولكنهما اشتريا على المال الذى بأيديهما فتلف قبل دفعه فى الثمن، ثم تلفت السلعة.

قال محمد: فإن أخرج أحدهما مائة والآخر مائتين، على أن الربح بينهما على قدر مال كل واحد منهما، فاشتريا بأربعمائة، على أن ينقدا ثلاثمائة وتبقى مائة دينا عليهما فيقتسمان ربح المائة، ووضيعتها على قدر ماليهما، وإن كانت الشركة فاسدة لأنهما اشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان، ولصاحب الثلث أجرته فيما فضله به صاحبه، وإن علم البائع أن شركتهما على الثلث والثلثين، تبعهما كذلك وإلا اتبعهما بنصفين.

قال مالك: ولو أشركه وأسلفه بقية المال: طلبا لرفقه وصلته، جاز، وإن كان بعد صحة العقد من غير عادة، جاز؛ لأنه معروف.

ومن ابتاع سلعة، فقال له: أشركنى وأنا أنقد عنك - امتنع؛ لأنه بيع وسلف. ولو قال المشترى لرجل تعال: أشتر لك وأنقد عنك وأؤجرك - والسلعة حاضرة - جاز، بخلاف المضمون لأنه دين بدين. وإن سألك أن تشركه وينقد عنك قبل عقد البيع جاز؛ لأن قبل عقد البيع لا يجر بنقده نفعًا.

قال اللخمى: للشركة بالطعام أربعة أحوال: إما صنف بعضه أفضل أو لا، أو جنس كقمح وشعير، أو جنسين[1] كقمح وتمر، وفى كلها خلاف.

وفى المقدمات لو اشتركا بما يمتنع فيه النَّساء، كالدينارين والطعامين، منع ابن القاسم، لاجتماع علتين: النساء وبيع وصرف وعدم المناجزة. وأجازه سحنون، وأحد قولى مالك، أما ما يجوز فيه النساء، كصنفين من العروض، أو العروض

---

(١) فى ط: جنسان.

وأحد النقدين، أجازه ابن القاسم؛ لانفراد أحد العلتين وهى البيع والشركة، وأشار للمنع تارة للبيع والشركة، ولم يراع سحنون البيع والشركة أصلا، إذا كان البيع داخلا فيها، فإن خرج منع.

فرع: فى الكتاب: تجوز بالمال الغائب، إذا أخرجا غيره؛ لتحقق الشركة، فإن أخرج ألفًا والآخر ألفًا نصفه غائب، فخرج ليأتى به ومعه جميع الحاضر، فلم يجد الغائب، فاشترى بما معه فله ثلث الفضل؛ لأنه الذى تحقق، ولا يرجع بأجر فى فضل المال، كشريكين على التفاضل يتطوع أحدهما بالعمل.

وفى النكت: قيل: إنما تجوز بالمال الغائب عند ابن القاسم إذا لم يكن بعيدًا جدًا. ويمتنع عند سحنون وإن قرب، وإنما تجوز عند ابن القاسم إذا لم يتجر إلا بعد قبض[1] الغائب، ولا غرر، وإلا فتمتنع للغرر.

قال ابن يونس: قال محمد: إن تبين أن ذكر الغائب خديعة، فله ربح ماله، وإلا فله النصف، ولا أجرة له على كل حال.

قال ابن يونس: إنما يصح هذا إذا اشترى بالحاضر قبل علمه، فضاع الغائب؛ لأنه اشترى على أن ذلك بينهما نصفان، وعلى أن ضياعه منهما، أما لو اشترى بعد علمه بضياع المال الغائب فلا؛ لأن الشركة لم تقع بعد؛ لأن ضمان الدنانير الغائبة من ربها ما لم تقبض، بل لو اشترى بها فهى فى ضمان بائعها، فكيف الشركة وظاهر الرواية شراؤه بعد علمه بذهاب المال؟! وعند سحنون: الشركة فاسدة؛ لغيبة نصف الألف، وله أجرة مثله فى الزيادة؛ لأنه ليس متطوعًا؛ لأن الشركة عنده لا تتم إلا بالخلط.

فرع: فى الكتاب: دنانير هاشمية والأخرى وزنها دمشقية، أو دراهم يزيدية والأخرى وزنها محمدية، وصرفهما مختلف - تمتنع، إلا فى الاختلاف اليسير؛ لأن التساوى فى المقدار والقيم شرط، نفيًا لضياع المال بالباطل، ويمتنع الربح والفضل[2] بينهما بقدر فضل السكتين؛ لأنهما صرفاها إلى القيم، وحكمها الوزن، فإن استويا يوم العقد لا يوم الافتراق، اقتسما بالسوية، عرضا كان أو طعامًا أو عينًا؛

(١) فى ط: قيض.

(٢) فى ط: العمل.

نظرًا للعقد.

وتمتنع دراهم ومن الآخر دنانير؛ لأنه صرف وشركة، ولا يجوز مع الشركة صرف ولا قراض؛ ولأنهما لا يقومان، فإن عملا فلكل واحد مثل رأس ماله، والربح: لكل عشرة دينار، ولكل عشرة دراهم، وكذلك الوضيعة، وكذلك إن عرف كل واحد السلعة التى اشتريت بماله إن عرفت، ولا شركة فى السلعة الأخرى، وإن تفاضل المال فلأقلهما مالا أجرة معاونة الآخر، وإن لم تعلم السلع فالربح والخسارة بينهما على قيمة الدراهم من الدنانير يوم اشتركا، ولأقلهما مالا أجرة معاونة صاحبه.

قال ابن يونس: قوله: إذا جعلا العمل والربح بقدر فضل ما بين السكتين، امتنع [إذ صرفاها إلى القيم،][1] وحكمها الوزن فى البيع والشركة.

قال: فإن نزل أخذ كل واحد مثل رأس ماله بعينه فى سكته، وله من الربح بقدر وزن رأس ماله لا على السكتين. وقاله مالك. قال بعض القرويين: لعل محمدا يريد: إذا لم يختلف السوق والسكتان من يوم الشركة إلى يوم القسم، وإلا فيظلم أحدهما إذا أعطى مثل رأس ماله وفضته أفضل مما كان دفع. قال بعض القرويين: ما قاله غير ابن القاسم فى أن يكون لكل واحد السلعة التى اشتريت بماله، صواب، وهو الجارى على أصل ابن القاسم؛ لأن الشركة الفاسدة لا يضمن أحدهما لصاحبه فيها شيئًا، كما إذا اشتركا بعرضين مختلفين فى القيمة، فباع أحدهما عرض صاحبه؛ فإنه قال: لا يضمن، وثمن ما بيع به عرضه له، وبه يكون شريكًا إن عملا بعد ذلك، وكذلك إذا اشتريا بالدنانير الدراهم عرضًا، وقوله، إذا لم يعرف، ينظر إلى قيمة الدنانير والدراهم، فيقسم ما بأيديهما على ذلك صواب؛ لأنه قد اختلف الثمن فأشبه الطعامين إذا اختلطا، وفى القسمة نظر فى قول ابن القاسم؛ لأنه إذا استوت قيمة الدنانير يوم القسم، فأعطيناه، مثلها انْضَرَّ[2] صاحب الدراهم. وكذلك إن زادت قيمة الدراهم فأعطيناه مثلها انضر[3] صاحب الدنانير، فينبغى أن يكون ثمنها بينهما نصفين، وإنما لا يجوز صرف وشركة إذا كان خارجًا عن الشركة، وأما فيها فيجوز،

(١) فى ط: إذا صرفاها على القيم.
(٢) فى ط: انظر.
(٣) فى ط: انظر.

وعن مالك: جواز هذا دنانير وهذا بقيمتها، رواه ابن القاسم، وروى ابن وهب كراهيته، قال محمد وإجازته غلط؛ لأنه صرف مع بقاء كل واحد على نقده.

فرع: في الكتاب: يجوز هذا ذهب وفضة، والآخر مثله.

فرع: قال: إذا صر كل واحد ماله على حدة، وجعلاهما عند أحدهما، فضاع أحدهما - هو منهما. ولو بقى مال كل واحد بيده، فضمانه منه حتى يخلطا أو يجعلاهما عند أحدهما، وكذلك مختلفا السكة والصرف واحد. فإن تفاضل الصرف فسدت الشركة، والذاهب من صاحبه لعدم العقد شرعًا وإن بقيت كل صرة بيد صاحبها حتى ابتاع بها أمة للشركة وتلفت الصرة الأخرى، والمالان متفقان - فالأمة بينهما، والصرة من ربها بعد العقد فيها، وشراء الأمة بقصد الشركة مع الإذن. وقال غيره: لا تنعقد الشركة حتى يخلطا.

قال ابن القصار: فمالك يقول: لابد أن يكون نوعًا واحدًا لا يتميز.

لنا على (ح): أن الشركة الاختلاط، فإذا لم يخلطا[1] لم يحصل مسمى الشركة، والشركة كما تحتاج للقول تحتاج للمال[2]؛ لأنه لو كان لأحدهما - فقط - المال لامتنع ولأنه يمتنع لأحدهما جمل وللآخر حمار يعملان به على الشركة، فكذلك ههنا.

ولنا على (ش) في جواز الدراهم البيض مع السود: صدق المسمى بذلك، كما لو اختلطا بعرضين بأن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض الآخر، والفرق بين صورة النزاع وبين أحدهما دراهم والآخر دنانير: قرب اتحاد الجنس؛ فيكون مقصودهما الشركة، وثَمَّ يرجح قصد الصرف.

احتج بأن في النوع الواحد تتحقق الشركة، وبالنوعين يبقيان متميزين؛ فلا تتحقق الشركة. وجوابه: المنع.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا اشترى كل واحد بصرته سلعة قبل الخلط، فلكل واحد ما اشتراه، له ربحه و [عليه][3] خسارته، وكذلك لو تلفت صرته حتى يجمعا المالين أو الصرتين في خرج أحدهما أو في يده. وقيل: إذا كانت صرة كل

(١) في ط: يخلط.
(٢) في ط: المال.
(٣) سقط في ط.

واحد بيده، فتلفت إحداهما، فاشترى أمة بعد التلف عالمًا به - خير شريكه فى شركته فيها، أو تركها له، إلا أن يدعى شراءها لنفسه، وإن لم يعلم بالتلف فهى بينهما كشرائها قبل التلف فى الصرة الأخرى، وهو أصل ابن القاسم.

فرع: قال ابن يونس: لأحدهما حمام ذكر وللآخر أنثى، على أن ما أفرخا بينهما - أجازه مالك لأنهما يتعاونان فى الحضانة ولأحدهما بيض يجعله الآخر تحت دجاجته، والفراخ بينهما - فالفراخ لصاحب الدجاجة، وعليه لصاحب البيض مثله، كمن جاء بقمح ليزرعه فى أرضك[1] بينكما؛ فإنما له مثله والزرع لك قاله مالك.

فرع: فى الجواهر: تمتنع شركة الوجوه وقاله (ش)، وجوزها (ح).

قال بعض العلماء: مثل أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون له نصفه.

وقال القاضى أبو محمد: هى: أن يشتريا على الذمم بغير مال ولا وضيعة، حتى إذا اشتريا شيئًا كان فى ذممهما، فإذا بيع، قسم ربحه. وهى باطلة فى جميع ذلك عندنا.

وفسرها الشافعية[2]: بأن يشاركه على أن يربحه فيما يشتريه بوجهه، أى بجاهه - فى الذمة. أو يقول له: اشتر على جاهى، والربح بيننا. أو يقول: علىَّ أن أشترى أنا[3] وتبيع أنت؛ لأنى بالشراء أعرف، وعند التجار أوجه.

لنا: أن الأصل عدم مشروعيتها، ولأن حقيقة الشركة، أن يشتركا فى شىء عند العقد، إما مال أو بدن ولا واحد منهما، ولا يكفى القول فى الشركة؛ لأنهما لو جعلا الربح كله لأحدهما، امتنع، ولأنها أكل المال بالباطل، وأخذ الربح بغير سبب شرعى.

احتج بالقياس على شركة الأبدان، وبقوله - تعالى -: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، وبقوله - عليه السلام -: «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[4]. ولأنها تنعقد على الوكالة بالشراء للآخر وهى تجوز حالة الانفراد، فتجوز حالة الاجتماع.

والجواب عن الأول: أن البدن والصنعة كالعين الموجودة، بخلاف الوجوه.

---

(١) فى ط: أرض.
(٢) فى ط: الشافعى.
(٣) فى ط: أرضًا.
(٤) تقدم.

وعن الثانى والثالث: المعارضة بنهيه - عليه السلام - عن الغرر، وهذا غرر.

وعن الرابع: منع هذه الوكالة على الانفراد؛ لأن الذى يشتريه أحدهما يجوز أن يشتريه الآخر، ومثل هذا فى الوكالة لا يجوز، وإنما يجوز ذلك فى الشركة؛ لوجود الرفق المنفى ههنا، ثم نقول الفرق بين هذا وبين الوكالة: أن ههنا اشتراه لنفسه ولشريكه وذاك لموكله، وههنا اشترى من غير نية الوكالة.

قال الشافعية: وإنما تصح شركة الوجوه إذا أذن كل واحد لصاحبه فى التصرف، وأن يميز الجنس المشترى، فقد[١] تخطر له الأشياء المحقرة فيشترى الغالية[٢] وأن يذكر القدر المشترى إليه.

* * *

(١) فى ط: فقط.
(٢) فى ط: العالية.

الباب الثانى

فى الأحكام

وهى ستة:

الأول: قال اللخمى: عقد الشركة قد يلزم وقد لا يلزم:

إن أخرجا دراهم أو دنانير ليشتريا معينًا لا يستقل به أحدهما - لزمت؛ لأن لكل واحد حقًّا فى هذا العقد، وإن كان يقدر على شرائه وحده، وإن كان شراء الكل أرخص فكذلك، وإن استوى الشراء جملة وانفرادا، فعلى القولين فيمن شرط ما لا يفيد هل يلزم الوفاء به أم لا؟

وإن اشتركا ليتجرا فى غير معين وما لا أمد لانقضائه، فلكل واحد الرجوع، ولكن له عين دنانيره؛ لأنه إنما رضى بالصرف لأجل الشركة، ويتخرج فيه قول بلزوم الصفقه الأولى، كقول مالك فى الإجارة مشاهرة يلزمه الشهر الأول.

وإن كانت الشركة فى سلع، أخرج كل واحد سلعة، فثلاثة أحوال:

إن قصد بيع نصف أحدهما بنصف الآخر لا أكثر من ذلك، لزمت.

أو التربص بها لما يرجى من حوالة الأسواق، فالقول قول من دعا إلى تأخير المفاصلة إلى وقت اعتيد فيه حوالة السوق؛ كالقرض لا يمكن أحدهما البيع قبل الأوان، إلا أن ينقسم من غير نقص ولا مضرة، فيقسم بين الشريكين. أو القصد تمادى التجر بأثمانهما، يقدم من دعا إلى ترك التجر فى المستقبل على أحد قولى مالك فى الكراء، ولمن أحب التمادى الخيار فى نقض الشركة فى العرضين؛ لأنه يقول لم أقصد إلا التجر فى المستقبل، فإذا لم أمكن لم أستمر. ولا مقال لمريد عدم التمادى؛ لأن الآخر قد ملك عليه نصف عرضه ومكنه من الوجه الذى قصد الشركة لأجله.

ولو أخرجا دنانير، ثم سافر أحدهما بالمال لزمت الشركة. ولا يوكل الحاضر من يأخذها من الغائب؛ لحق الغائب بغيبته، وليس للغائب الترك، ويوقف له ماله هناك؛ لأنه تعريض للمال للتلف. وإن سافر لأجل التعاون بما لا يقدر أحدهما أن يتجر فيه على الانفراد، لكان القول قول من دعا[1] إلى التمادى لأول نضة.

---

(١) فى ط: دعمًا.

واختلف فى شركة الحرث: قال ابن القاسم: لأحدهما النزوع قبل الحرث.

وقال سحنون: ليس ذلك له.

وإن كانا قد بذرا لم يكن لواحد النزوع، اتفاقا؛ لتعذر قسمة البذر فى الأرض. وإن لم يبرز، قال[1] ابن حبيب: إن ذهب السيل بذلك الزرع لم يجبر أحدهما على أن يعيد بذرا آخر.

وإن هلك ثور أحدهما أو غلامه أو بعض أداته، خير الآخر؛ لأن البذر بالمال، فتجب المعاونة قبل عدمه دون عدمه، هذا إذا اشتركا ليعملا بطنا واحدًا، فإن كان ليعملا فى المستقبل ولم يسميا، لزم أول بطن، على أحد القولين.

قال صاحب المقدمات: الشركة عقد جائز من الطرفين، و لكل واحد الانفصال متى شاء؛ ولهذا لم تجز إلا على التكافؤ، فمتى فضل أحدهما فى قيمة ما أخرجه فإنما جعله ليبقى معه على الشركة؛ فتصير غررًا، وجاز فى المزارعة إخراج أحدهما أكثر قيمة، عند سحنون وابن القاسم؛ للزوم العقد، ويمتنع على قول ابن القاسم فى المدونة؛ لعدم لزوم العقد على هذا القول ما لم يبذر.

وعند ابن كنانة: لا تلزم بالشروع ولا بالعمل، وإنما اختلف فى المزارعة؛ لأنها شركة وإجارة، فمن غلب الشركة منع لزومها بالعقد وجوازها إلا على التكافؤ، أو الإجارة ألزم وأجاز التفاضل.

قال ابن حبيب: ما لم يتفاحش بما لا يتغابن الناس بمثله فى البيوع. وجوز سحنون التفاحش فى العوض، أما مفردا فلا.

قال صاحب التنبيهات: الشركة عقد لازم كالمعاوضات وعند غير ابن القاسم لا يلزم إلا بالخلط.

تنبيه: انظر هذا الاختلاف الشديد، أحدهم يحكى اللزوم مطلقًا، والآخر الجواز مطلقًا، والآخر يفصل.

نظائر: الأول: قال أبو عمران: العقود الجائزة خمسة: القراض، والتحكيم ما لم يشرعا فى الحكومة، والوكالة، والجعالة، والمغارسة. وهذا يؤيد قول القاضى عياض باللزوم؛ لأن أبا عمران قصد الحصر وما عدّ الشركة.

---

(١) فى ط: وقال.

الثانى: فى الجواهر: توزيع الربح على قدر الأموال، وكذلك العمل، وإلا فسدت؛ لأنه أكل المال بالباطل.

وفى الكتاب: إن تساويا فى المال والربح، على أن يمسك أحدهما رأس المال معه، فإن كان المتولى التجارة دون الآخر امتنع، أو يتوليانها جاز.

قال ابن يونس: قال محمد: لأحدهم عشرة وللآخر خمسة، والثالث لا مال له، على أن الربح أثلاث - فسد، والربح والوضيعة على صاحبى المال، وللثالث أجرة عمله على المالين، وللقليل المال أجرته فيما عمل فى الخمسة الفاضلة، مثاله: عملوا سواء، فتحصل تسعة، تقسم ستة وثلاثة على المالين، فيأخذ الثالث منهما ثلاثة من صاحب العشرة درهمين، ويقول صاحب القليل: لصاحب العشرة عمل فى الخمسة الفاضلة، نحن الثلاثة على ثلث ربحها، وهو درهم؛ فيحصل له ثلاثة، وبيد الكثير ثلاثة، وبيد الذى لا مال له ثلاثة، وهذا هو الفقه فى العتبية والعدم واللدد(١).

أما لو حضروا وصاحبا المال مليان مفردان لقومت إجاراتهم فى المال، وإذا كانت ستة قسمت أثلاثًا، ثم قسم ما بقى من المال أثلاثًا بين صاحبى المال، كما لو استأجروا على العمل ثلاثة غيرهم؛ فإنهم يقسمون الفاضل بعد إخراج الأجرة، وهذا الضابط يطرد فى جميع الوجوه.

قال محمد: لو أخرج كل واحد مائة، فخرج اثنان بالمال، فاختصما ببعض الطريق، فاقتسما المال نصفين، فتجرا، فربح أحدهما وخسر الآخر - لا تنفذ مقاسمتهما على الثالث المقيم، بل على أنفسهما، فيضم المال حتى يصير للغائب ثلثه كله مشاعًا بربحه وخسارته، ثم يتراد المقتسمان؛ فيحصل لهذا بقيمة(٢) ربحه ولهذا بقيمة(٣) ربحه، وكذلك الخسارة.

يريد محمد: يكون له ثلث ربح أحدهما، وعليه ثلث خسارة الآخر.

قال محمد: لأنه قد رضى بالمقاسمة.

وفى المستخرجة: إن كان نهاهما عن القسمة لا يلزمه من الخسارة شىء، وله نصف الربح؛ لأنه لما نهى عن القسم لم يلزم شريكه ذلك؛ لأنه متعد بالمقاسمة،

---

(١) كذا فى ط والأصول، فليحرر.
(٢) فى ط: بقية.
(٣) فى ط: بقية.

ولأنه لو وجد الخاسر معه ما رجع على الآخر. وقيل: الربح بينهما [على][1] الثلث والثلثين، نظرًا لأصل المال. وقال بعضهم: الأشبه أنهما متعديان، وإن لم يتهما، ويكون الربح بينه وبين الرابح أثلاثًا؛ لأنه ليس له فى يديه إلا خمسون. والقول بأن الربح نصفان مبنى على أنه يقول تلك القسمة لا تلزمنى، وجميع ما بيدك بيننا؛ فكذلك الربح.

فرع: فى الكتاب: إذا صح عقد المتفاضلين فى المال، فتطوع ذو القليل فى الجميع - جاز؛ لأنه حقه فله إسقاطه.

قال اللخمى: إذا سافر أحدهما، فلما بلغ البلد قسم، واشترى لنفسه وشريكه على الانفراد، فهلك أحد المالين، أو سلما، أو اختلف الربح - فللمقيم أفضل ذلك، وله أخذ السالم والربح إن وقعا فيما جعله الشريك لنفسه؛ لأنه لا يجيز القسمة. وإن كانا فى نصيب المقيم والسالم، فربحه بينهما، ولا يضمن المقيم شيئًا؛ لأنه لم يتعد إلا فى النية خاصة، والنية لا تضمن، وإنما يضمن إذا وضع يده على نصيب صاحبه، لو جعل يد غيره عليه.

الثالث: قال الطرطوشى: تجوز المفاوضة، وهى أن يفوض كل واحد التصرف للآخر فى البيع، والشراء، والضمان، والكفالة، والتوكيل، والقراض، ومافعله لزم الآخر إن كان عائدًا إلى تجارتهما، ولا يكونان شريكين إلا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهما، دون ما ينفرد به كل واحد من ماله، سواء اشتركا فى كل ما يملكانه أو بعضه، كان رأس المال متفاضلا أم لا، إذا كان الربح والعمل على قدر ذلك.

وجوزها (ح)، وخالفنا فى أنها لا تصح إلا بالنقدين والفلوس الرائجة، ولابد أن يخرج عنده كل واحد جميع ما يملكه من ذلك، ومنع تفاضل رأس المال، ولا تصح إلا من مسلمين، حرين، أو مكاتبين، ولا تصح من حر ومكاتب، ولا مسلم وكافر، ولا صبى وبالغ. واشترط التساوى فى الربح والخسران، وفيما يحصل لأحدهما منفردًا كأجرة خياطة، ويلزمه ما يلزم الآخر من ضمان أو غصب أو سرقة أو عقد فاسد، وفيما يشتريه الآخر بخالص ماله يشاركه الآخر فيه، دون ما يرثه ويوهب له مما لا تصح فيه الشركة كالعروض والحيوان عنده، فخالفنا فى هذه الأحكام.

---

(١) سقط فى ط.

وقال (ش): شركة المفاوضة فاسدة، وإنما تجوز شركة العنان بأربعة شروط:

الأول: استواء المالين فى الجنس والصفة.

والثانى: خلطهما.

والثالث: إذن كل واحد فى التصرف.

والرابع: اتفاقهما على أن الربح والخسران على قدر المال.

ومنشأ الخلاف: اشتمالها على المفسد والمصحح، فنحن غلبنا المصحح، وهو غلَّب المفسد، حتى قال: هى أشد من القمار، ولا يبقى شىء فاسد إذا أجيزت.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله - عليه السلام -: «المؤمنون عند شروطهم»، وروى «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة»، وروى: «تفاوضوا فإن المفاوضة أعظم اليمن وأعظم البركة»، وهو غير معروف الصحة، وبالقياس على شركة العنان، ولأنها وكالة وكفالة؛ فيصحان مجتمعين كما صحا منفردين، أو نقول: الضمان يوجب ثبوت المال فى الذمة؛ فيثبت مع الشركة كالبيع، ويؤكده: أن الشركة منعقدة على الربح، وهو غرر لا يدرى حصوله، وضمان أحدهما وكفالته ليس بمعقود عليه، فإذا لم يمنع الغرر فى المعقود عليه أولى ألا يمتنع فى غير المعقود عليه الذى يأتى بالغرض[1]، ولأن الربح يكون قبالة المال كشركة العنان، وقبالة العمل كالقراض؛ فيصح اجتماعهما فى المفاوضة.

احتج بنهيه - عليه السلام - عن الغرر، وهذا غرر؛ لأن أحدهما ربما ضمن ما يأتى على المالين، وبقوله - عليه السلام -: «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»[2]، وهذه ليست فى كتاب الله، أو لأنها تضمنت أخذ ربح مال انفرد به أحدهما؛ فتمتنع كما إذا انفرد جمع المالين، أو نقول: تضمنت أن لكل واحد ما استفاده الآخر؛ فتبطل كما لو اشترط ما يرثه الآخر فهو له. والجواب عن الأول: أن الغرر الغالب عليه عدم الحصول، والغالب على الشركة السلامة.

وعن الثانى: أن هذه فى كتاب الله - تعالى - لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم

---

(١) فى ط: بالفرض.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٣٧٦) فى البيوع: باب إذا اشترط شروطًا فى البيع لا تحل (٢١٦٨)، وفى (٥/ ٢٢٥) فى كتاب المكاتب: باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، ومسلم (٢/ ١١٤١ - ١١٤٣) فى العتق باب الولاء لمن أعتق (٦/ ١٥٠٤).

مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، وقوله - تعالى -: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وهذه تجارة وغنيمة.

وعن الثالث: منع الحكم فى الأصل، ثم الفرق: حصول الرفق ههنا، وإنما يأخذ أحدهما ربحه له ملكه، وحصول ربح الملك جائز بخلاف ربح بغير ملك.

وعن الرابع: أنه ينتقض بشركة العنان، ثم الفرق برفق التعاون ههنا، بخلاف المقيس عليه.

واحتج (ح) بأن المفاوضة مأخوذة من المساواة؛ لقول الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا[(١)]

فيستويان فى جميع الوجوه.

قلنا بجملة المساواة فيما يحصل به الرفق، ولا ضرورة إلى تكثير الغرر، واعلم أن مذهبنا متوسط، ف (ش) منع غررها جملة، و (ح) جوزه جملة، ونحن أجزنا ما تدعو إليه حاجة الارتفاق، والغرر لا تكاد تعرى عنه البياعات، فكيف الشركة التى خالفت الصرف والبيع فى عدم المناجزة، والتسليم؛ لبقاء يد كل واحد على ما شارك به؟!

تفريع: فى الجواهر: إن كان العمل منهما جميعًا، ولا يستبد به أحدهما - سمى: عنانًا. وإن كان أحدهما يجوز له الاستبداد فى جميع التصرفات، حضر الآخر أو غاب، ويلزمه تصرفه - فهى المفاوضة.

قال فى الكتاب: لا أعرف [شركة العنان][(٢)] من قول مالك ولا غيره من أهل الحجاز.

فائدة: اشتقاقهما قال الطرطوشى [قيل:][(٣)] من عنان الدابة؛ لأنهما يستويان فى التصرف والأرباح كالفارسين إذا استويا فى السير؛ فإن عنانيهما يكونان سواء. وقيل: من «عنّ الشىء» إذا اعترض، [و][(٤)] عنّت لى حاجة: إذا اعترضت. ومنه

---

(١) البيت للأفوه الأودى فى ديوانه ص ١٠، ولسان العرب (٧/ ٢١٠) (فوض)، وتاج العروس (١٨/ ٤٩٦) (فوض)، وبلا نسبة فى أساس البلاغة ٣٥٠ (فوض).
(٢) فى ط: الشركة لعبدين.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

عنان السماء - بفتح العين - جمع «عنانة» وهى السحابة المعترضة بين السماء. وكل واحد منهما عنّ له أن يشارك صاحبه. أو لأنها شركة ظاهرة [من][(١)] «عنّ الشجر» إذا ظهر، وليس فى الشركات ما يثبت فى أمر ظاهر إلا هى لأنها فى مالين ظاهرين موجودين، والمفاوضة تكون فيما لم يظهر، وكذلك الأبدان، والوجوه. أو لأن الفارس يمسك بأحد يديه عنان الفرس ويرسل الأخرى، يتصرف فيها كيف يشاء، وهو ههنا تنفيذ فى مال الشركة ويتصرف فى ماله كيف أحب، وفى المفاوضة ليس لأحدهما الانفراد، أو من «المعاننة»، يقال: عاننت فلانا، إذا عارضته بمثل ماله، وههنا عارض أحدهما صاحبه بمثل ماله، وهى لفظة عربية، لقول الشاعر:

وشاركنا قريشًا فى علاها   وفى أحسابها شرك العنان[(٢)]

والمفاوضة، قال صاحب التنبيهات: من التفويض، لتفويض كل واحد الأموال لصاحبه، كقوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِىٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [غافر: ٤٤]. وقيل: من التساوى؛ كقوله تفاوضنا فى الحديث.

وشركة العنان متفق على جوازها، ولم يُعرف [عن][(٣)] مالك مرة اسمها أو تخصيصها بالجواز. ويقال عنان - بكسر العين - وهو الأكثر، لمن اشتقه من «عنان» الدابة، وبالفتح: إذا أخذ من «عنّ لى الشىء» إذا اعترض.

وفى الكتاب: إذا قامت البينة أنه مفاوضكما على الثلث أو الثلثين، صح، ويتفاوضان لأحدهما عين أو عرض دون الآخر. وإن قامت أنه مفاوضك، فلا يختص أحدهما وجميع ما بأيديكما بينكما، إلا ببينة تخصه، وما ابتاع أحدكما بيعًا صحيحًا أو فاسدًا، لزم الآخر، ويتبع البائع بالثمن أو القيمة أيكما شاء، ولأحدكما قضاء ما يختص بالآخر من دين، وللمأذون مفاوضة الحر.

قال اللخمى: إنما يكون جميع ما بأيديهما بينهما، إذا أنكر المشهود عليه المفاوضة. فلو أقر، وقال الثلث والثلثين - اقتسما السدس نصفين على أصله، إلا أن يكون قوم لا يتفاوضون إلا سواء.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) البيت للنابغة الجعدى فى ديوانه (١٦٤)، ولسان العرب (١٠/٤٤٨) (شرك)، (١٣/ ٢٩٢، ٢٩٣) (عنن)، وتاج العروس (شرك)، (عنن).

(٣) سقط فى ط.

ولو قامت البينة على أن شريكه لم يقض بالشركة فى جميع أملاكهما لصدق الاسم على بعض المال، ولو أقر: إنى شريك فلان فى القليل والكثير فكالمتفاوضين.

ولا يقبل إقرار أحدهما على الآخر بدين ولا وديعة، وإذا تقاررا بالشركة فما فى أيديهما من التجارة بينهما دون مسكن وخادم وطعام. وإذا قال أحدهما هذا ليس من الشركة، بل وراثة أو هبة أو بضاعة لرجل أو وديعة - صدق مع يمينه، إلا أن تقوم بينة أنه اشتراه أو كان فى يده يوم أقر.

فرع: فى الكتاب: تجوز المفاوضة إما فى جميع الأشياء، أو فى نوع كالرقيق. أكره أن يخرجا مالا يتجران به وبالدين مفاوضة، فإن فعلا، فما اشترى كل واحد منهما بينهما وإن جاوز رأس ماليهما، ولو تفاوضا ولم يذكرا فى العقد الدين، فباع أحدهما به جاز على شريكه؛ لأنه مما يعرض فى المفاوضة. ولو تفاوضا بأموالهما فى جميع التجارات، وليس لأحدهما مال يخصه، فاشترى أحدهما من مال الشركة جارية لنفسه، وأشهد على ذلك - خير شريكه فى إجازتها وردها للشركة؛ لأنه مقتضى العقد.

قال ابن يونس: يريد: يخير ما لم يطأها، بخلاف الغاصب والمعتد فى وديعة ابتاع بها سلعة، لا يدفع إلا مثل الدنانير؛ لأن الشريك مأذون له، وليس له أن يختص بالربح، بل هو كمبضع معه بشراء سلعة، أو مفاوض أو وكيل، يخير رب المال فى الأخذ؛ لأنهم مأذون لهم فى عين ذلك.

فرع: فى الكتاب: لا خير فى أحد المتفاوضين، يبتاع الأمة فيطؤها ويرد ثمنها فى رأس المال ويتقاويانها[1]، فمن صارت له فهى له، وحل له وطؤها، قاله مالك.

قال ابن القاسم: ولك إبقاؤها للواطئ بالذى اشتراها به، وإذا لم يسلمها، ليس له الامتناع من المقاواة وردها للشركة. وقال غيره: ذلك له.

وفى النكت: إن اشتراها للتجارة فوطئها، فههنا يخير الشريك بين مطالبته بالقيمة، وتركها بينهما، أو اشتراها لنفسه ليطأها، وعلى أن الخسارة فيها والربح على المال، فهى مسألة الكتاب التى فيها المقاواة. ولو اشتراها بإذن شريكه على أن

(١) فى ط: ويتقاومانها.

يضمنها إن حبس، وله[١] ربحها، فهو كسلف أسلفه شريكه. قال ابن يونس: إنما يتقاويان إذا أراد الوطء قبل الوطء، أما بعده فتلزم القيمة إن شاء شريكه وبعد الحمل فتعين القيمة، شاء شريكه أم لا؛ لأنها أم ولد؛ قاله محمد.

قال بعض القرويين: قوله: لزمت القيمة إن شاء شريكه، فيجب إن كان تكلم على إذن كل واحد لصاحبه، فتجب القيمة، شاء شريكه أم لا؛ لأنه تحليل لما أذن فيه كل واحد لصاحبه، فأشبه ما لو حللها له ففاتت بالوطء، فلا خيار فى ذلك؛ لأنه من عارية الفروج، فأما بغير إذن فهو متعد، إن شاء أمضاها له؛ لأنه اشتراها لنفسه، أو قاواه بعد الوطء، وإنما لم يبقها ابن القاسم على الشركة؛ لأنه خشى أن يكون غير مأمون على بقائها عنده، بخلاف الأمة بين الشريكين؛ إذ هذا الشريك يغيب على ما اشترى، ويتصرف فى الجميع، فخالف من شاركه فى أمة فقط، وغيره أجاز ردها للشركة؛ لأنها كالأمة بينهما، وإذا لم يؤمن عليها منع من الخلوة بها.

قال اللخمى: لا يجوز لأحدهما وطء جارية من الشركة، ولا أن يشترى من المال ليطأ، أذن الشريك أم لا؛ لأن حل الوطء يشترط فيه الملك المحض. قال: وأرى إن كان الواطئ جاهلا، جاز بقاؤها تحت أيديهما، أو عالمًا، لم تبق، ويحوزها عنه الشريك الآخر، إن كان مأمونًا وله أهل، وإلا فعلى يد عدل حتى تباع. وقد قال ابن القاسم: إذا وطئ أخته من الرضاعة بملك اليمين، تباع عليه إن كان عالمًا بالتحريم، وإلا فلا يؤمن عليه العودة. وإن اشتراها للتجارة وليصيبها، وشراء مثلها للتجارة حسن نظر، وعلم بذلك قبل الإصابة لا يضمن الثمن، وتبقى شركة. ولو وطئ بإذن الشريك لزمت القيمة، حملت أم لا؛ لأنه تحليل، ومتى فعل أحدهما ذلك فحكمه حكم فعل أحدهما فى الوطء أوغيره.

فرع: فى الكتاب: إذا أخّر[٢] أحدهما غريمًا بدين، أو وضع له منه استلافا ليعامله فى المستقبل - جاز؛ كالوكيل المفوض، بخلاف المعروف، يختص بحصته، ويرد من الآخذ من الوكيل، إلا أن يهلك فيضمن الوكيل.

فى النكت: ليس الدفع للاستلاف[٣] سلفا للنفع؛ لأنه قد لا يعامله، بل يفعل

(١) فى ط: لو.
(٢) فى ط: وخر.
(٣) فى ط: للاستيلاف.

ذلك لحسن السمعة.

قال اللخمى: إذا أخر الغريم، فالتأخير فى نصيبه إن لم يكن فى قسمة الدين ضرر، وإلا فإن قال من أخر: لم أظن أن ذلك يفسد شيئًا من الشركة - رد جميع ذلك، وإن لم يؤخره حتى حل الأجل، سقط الرجوع؛ لعدم المفسدة. فإن لم يجد الغريم بعد التأخير ضمن لشريكه نصيبه، وإن كان التأخير استلافا[١] لم يضمن المؤخر وإن أقر[٢] الغريم، إلا أن يكون الغريم ممن يخشى عدمه عند الأداء؛ فيرد فى التأخير ويعجل جميع الحق، وإن لم يرد حتى أقر[٣] ضمن الشريك إذا كان عالمًا بذلك. وقيل: يمتنع التأخير وإرادة الاستلاف؛ لأنه سلف بزيادة، وإن وضع أحد الشريكين فعلى ما تقدم فى التأخير، ويجوز على وجه المعروف، ثم ينظر: هل يمضى نصيب الواضع؟ وتجوز إن أراد الاستلاف[٤] إلا أن يكثر فيرد الزائد على ما يراد به الاستلاف.[٥]

فرع: فى الكتاب: إذا أبضع أحدهما مع رجل، فعلم الرجل بموت الباعث أو بموت شريكه، وأن ما معه من الشركة - لم يشتر، ورده على[٦] الحى منهما والورثة إن بلغه افتراقهما؛ لأن الوارث لم يأذن فى الشراء وقد انتقل المال إليه أو بعضه.

قال اللخمى: فإن علم الذى أبضع معه بافتراقهما من غير موت فله الشراء، بخلاف الموت، وإن علم فى الموت أن المال من غير المفاوضة لم يكن له الشراء إذا مات المبضع معه، وإن مات من لم يبضع فله الشراء، وإن شك هل هو من المفاوضة؟ لم يشتر؛ لعدم تعين سبب الإقدام.

فرع: فى الكتاب: لأحد المتفاوضين أن يبضع ويقارض دون إذن الآخر، وإن أودع بغير عذر ضمن، وإلا فلا، كالمودع، وإن ردها المودع إلى غير المودع برئ إن صدقه القابض، وإلا فلا يبرأ إلا ببينة؛ لأنه لم يأتمنه، وكذلك دفعك ثمن ما ابتعته من أحدهما. وإن أودعك أحدهما، فأودعت شريكه ضمن لعدم الإذن فى

(١) فى ط: استيلافًا.
(٢) فى ط: أغر.
(٣) فى ط: أغر.
(٤) فى ط: الاستيلاف.
(٥) فى ط: الاستيلاف.
(٦) فى ط: علة.

ذلك، إلا أن يكون [العودة من هزل][1] أو سفر، فإن أودعت أحدهما، فهى بيده دون صاحبه؛ لأنك لم تأمن صاحبه، فإن مات ولم تعرف بعينها فهى دين فى حصته دون حصة شريكه؛ لأنها من غير التجارة. وإن عمل بوديعتك تعديًا، وعلم شريكه بالعدوان، ورضى بالتجارة - فلهما الربح وعليهما الضمان، لرضاه، وإلا فالربح للمتعدى وعليه الضمان خاصة؛ لعدم المشاركة.

وقال غيره: إن رضى وعمل، فإنما له أجرة مثله فيما أعان؛ لأنه لم يغصب بل عمل فى المغصوب. وإن رضى ولم يعمل، فلا شىء له ولا ضمان عليه.

قال ابن يونس: لا يقارض أحد المتفاوضين أحدًا إلا بإذن شريكه؛ لأنه وضع يد على المال لم يرضها، ويجوز فى سلعة بعينها كالبضاعة.

قال اللخمى: لو تجر فيما أودع عنده ونوى أن يكون تجره فيها لهما - فلشريكه نصيبه من الربح دون الخسارة؛ لأنه يختار الإجارة فى الربح فقط إذا أخذ أحدهما قراضًا.

قال ابن القاسم: له الربح وحده؛ لعدم اندراجه فى العقد. وقال أشهب: بينهما؛ نظرًا للمفاوضة.

فإن أجر نفسه أو تسلف مالا، فهو بينهما؛ لأنها إنما سميت: «مفاوضة» لتفويض كل واحد النظر فيما يجر نفعًا.

وقال أصبغ: الربح له وللآخر الأجرة، إذا حلف لم يعمل متطوعًا.

قال اللخمى: إن عمل فى وقت لم يتوجه عليه فيه عمل، اختص بالربح، وإن احتيج قيامه لشىء من ذلك، فعمل صاحبه - فلصاحبه الأكثر من الأجرة فيما عمل، أو نصف ما أخذ فى القراض، وإن استأجر مكانه رجع عليه بتلك الأجرة، وإن لم يعلم الشريك الآخر؛ لأنه لو كان غائبًا ففسد شىء، رجع عليه بما ينوبه مما فسد، وكذلك لو نزل سوقه.

فرع: فى الكتاب: إن استعار أحد المتفاوضين بغير إذن صاحبه ما يحمل عليه لنفسه أو لمال الشركة، فتلف - فضمانه من المستعير[2] فقط؛ لأن شريكه يقول:

---

(١) كذا فى ط وفيها: لعورة.

(٢) فى أ: المستجير.

كنت تستأجر.

وقال غيره: يضمن فى التعدى دون العارية؛ لأنها من جدة المنظر. وإن استعارا جميعًا، فتعدى عليها أحدهما: اختص بالضمان. وإن استعارها أحدهما للشركة، فعمل عليها الآخر ذلك بعينه، فعطبت - لم يضمن؛ لأنه غير المأذون فيه، وشريكه كوكيله. وإن استعرت دابة لتحمل عليها فحمل عليها غيرك: ضمن؛ لعدم إذن ربها له، ولا وكَّلته.

وفى النكت: قال الشيخ أبو الحسن، إذا استعار أحد الشريكين بغير إذن شريكه: إنه يضمن الدابة وحده، معناه: إن قضى بها قاض؛ لأن أصل ابن القاسم أن الحيوان مما لا يغاب عليه، فلا يضمن.

قال اللخمى: يحمل قول ابن القاسم فى ذكر الدابة تقريرًا للقيمة؛ لأنها مضمونة، وقد يكون مذهب الحاكم فى الموضع تضمين العوارى، وإن لم يغب عليها. فإن كان الحاكم لا يرى ذلك، فعزل قبل النظر فى ذلك: لكان الضمان عليهما، وقيل: يضمنه، وكذلك إن كان الأول يضمن والمستعير يجهل ذلك، على اختلاف فيه.

قال ابن القاسم: وليس كل الناس فقهاء، وقد اختلف فى تضمين الوكيل إذا اجتهد فأخطأ، فهذا عذر، والغالب على الناس الرغبة فى العارية؛ توفيرًا للأجرة، والغالب السلامة.

قال: فأرى الضمان عليهما، وإن كانت مما يغاب عليه.

فرع: فى الكتاب: عبد أحد المتفاوضين لا يأذن له أحدهما فى تجارة، ولا يعتقه على مال يتعجله منه، ولا يكاتبه بغير إذن شريكه، إلا أن يأخذ مالا من أجنبى على عتقه - مثل: قيمته فأكثر - فيجوز، وهو كبيعه فى النكت؛ لأن العبد قد يلحقه دين فيصير عيبًا، ولأن الإذن له تفويض، وليس له المفاوضة بغير إذن شريكه، وهو بخلاف إذا قارض أحد الشريكين؛ فإنه يجوز.

فرع: فى الكتاب: لا يلزم أحدهما كفالة الآخر؛ لأنه معروف، وما جنى أحدهما أو غصب أو استهلك أو أصدق أو آجر فيه نفسه، لا يلزم شريكه فيه شىء؛ لأنه

غير(١) مقتضى عقد الشركة.

فرع: قال: ويرد بالعيب على البائع منهما إن كان حاضرًا وإن كان غائبًا كاليوم، وينتظر لعل له حجة، فإن بعد وأقام المشترى البينة ببيع الإسلام وعهدته، رد على الشريك الآخر بالعيب القديم، وإن احتمل الحدوث، فعلى المشترى البينة أنه حادث عند البائع، إلا إذا حلف الشريك ما علم، فإن نكل، حلف المبتاع ورد.

قال ابن يونس: فلو حضر الغائب، حلف على البت فى الظاهر، وعلى العلم فى الخفى، عند ابن القاسم، وإن نكل قال أبو محمد: يحلف المبتاع على البت.

وفى كتاب محمد: إنما يحلف كما يحلف بائعه على البت فى الظاهر وفى الخفى على العلم، فلو جاء الغائب وأقر أنه كان عالمًا، لزم الشريك، و للحالف الرد، وإن أنكر الغائب. فإن نكل فهل يرد عليه جميعًا أو نصفه ليمين شريكه؟ والأول أظهر؛ لأن نكوله كإقراره؛ لأنه المعامل، ولا يضره يمين الشريك الحاضر؛ لأنه إنما حلف على نفى العلم. فلو نكل الشريك الذى لم يبع، فحلف المبتاع وردها، ثم قال الغائب - لما قدم -: أنا أحلف وأنقض الرد - فالأظهر أن ذلك له؛ لأن توقف صاحبه لعدم علمه، وهذا علم، وقد يقال: له فى ذلك نصفه، ويقع الرد فى النصف الآخر لنكوله، ومتولى البيع كوكيله، واليمين على الوكيل

قال اللخمى: إذا حضر البائع بدئ بالخصومة؛ لأنه أعلم بما عقد عليه، فإن عجز البائع، فللمشترى تحليفهما جميعًا، إذا أشبه أن يكون عند الآخر علم، وإذا أقام البينة أنه اشترى على عهدة الإسلام، أخذ الثمن من الحاضر. وإن لم يقم بينة، واختلفت العادة حلف أنه اشترى على العهدة. وإن شك فى قدم العيب، وكان شراء البائع لذلك فى غيبة الحاضر أو فى حضوره، وباعه بالحضرة، قبل علم الآخر - لم يحلف الحاضر. ولو حلف أحدهما ونكل الآخر رد جميعه، وعند أشهب: اليمين على العلم فى الجلى والخفى؛ لأن العيوب شأنها الخفاء.

فرع: قال اللخمى: لو وجد أحدهما عيبًا، فرد به أو قبله، وخالفه الآخر - فالحكم للسابق منهما، ويخير البائع فيما أراده الآخر، فإن سبق أحدهما بقبوله، ثم رد الآخر، سقط القيام بالعيب، وخير البائع فى الرد، وإن سبق أحدهما بالرد ثبت

---

(١) فى ط: عن.

الرد وخير البائع: إن قبلها لم يكن للآخر ردها، وإن اختار الرد، لم يكن لمن سبق بالرد الامتناع، إلا أن يعلم أن الذى فعله أحدهما فيه ضرر، فيمضى ذلك فى نصيب من رضى وحده.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتعت من أحدهما، فأقبضت الثمن بعد افتراقهما، للبائع أو شريكه، ولم تعلم بافتراقهما - فلا شىء عليك لأنه مما يخفى عليك، وإن علمت، ضمنت حصة الآخر. بخلاف قضاء الوكيل المفوض إذا أشهد على الخلع، ولا يبرأ من دفع إليه ثمن ما باع أو غيره.

قال غيره: إن لم يعلم الوكيل ولا الغريم بالحجر، برئ الغريم؛ لأن علم ذلك قد يخفى وإن علم بذلك أحدهما، والآخر عالم أم لا: لم يبرأ الغريم.

قال فى النكت: الفرق: أن الشركة باقية فى الدين بعد الافتراق، والعزل يرفع يد الوكيل مطلقًا.

وقال بعض القرويين: قول الغير إذا خلعه وقبض وقد علم أحدهما بالدفع: يضمن الدافع - يريد: لأن الغريم وإن لم يعلم فالوكيل لما علم بالخلع تعدى فى القبض، فهو ضامن لما تلف؛ فيرجع الدافع عليه، ولا ضرر.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: الأشبه ألا يضمن الغريم كما فى الشريكين يفترقان؛ لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه على القبض، وقد فرطا إذ لم يعلما، وقوله: الغير فى إلزام الغريم بعلم الوكيل مشكل.

وفى الموازية: لو علم الذى عليه الدين ببينة، فحكم عليه بالدفع للوكيل - برئ. لأنه مكره.

فرع: فى الكتاب: يجوز شراء أحدهما من الآخر سلعة لنفسه أو للتجارة، كالمقاسمة.

فرع: قال: يلزم إقالة أحدهما فيما باعه هو أو شريكه وتوليته إلا بمحاباة؛ فهو حينئذ كالمعروف، لا يلزم إلا أن يجد نقصًا للتجارة، وإلا لزمه قدر حصته منه.

فرع: قال: إقرار أحدهما بدين من شركتهما لأبيه أو ولده أو جده أو جدته أو زوجته أو صديقة الملاطف، أو من يتهمه عليه - لا يلزم شريكه؛ للتهمة، بخلاف من لا يتهم عليه ولو أقر أحدهما فى دار أو غيرها من العروض أن نصفها لأجنبى، حلف المدعى معه واستحق؛ لأنه شاهد كإقرار وارث بدين على الميت.

قال ابن يونس: كذلك كل من يدخل الضرر بإقراره على غيره، يمتنع إقراره لمن يتهم عليه، كالعبد المأذون والمريض. واختلف فيمن أحاط الدين بماله: فإن جوزنا، قلنا: بقية الدين فى ذمته فلم يتهم، وإن منعنا، قلنا: لإضراره بالغرماء.

قال اللخمى: يجرى فى إقراره بالتهم النفوذ كإقرار من تبين فلسه لمن يتهم عليه، وفيه قولان، وههنا أولى؛ لانتزاع مال المفلس وبقى محتاجًا فيوزع ما يعيش به، ولا حاجة ههنا لدين فى الذمة، وإقرار أحدهما عند إرادة الافتراق جائز. فإن افترقا ثم أقر أحدهما لم يقبل إقراره، إذا طال الافتراق، فإن قرب وادعى أنه نسى فخلاف.

وقد اختلف فى عامل القراض يدعى بعد المقاسمة أنه أنفق ونسى المحاسبة بذلك: منعه ابن القاسم، وقال مالك: يحلف وله ذلك، والشريك مثله، فإن أقر أحدهما بعد موت الآخر فجعله فى الكتاب شاهدًا لم يقبل قوله.

وقال سحنون: يصدق الشريك ويلزم الورثة. وهو أصوب؛ لأن الموت ليس بافتراق لعدم المحاسبة وصونًا لأموال الناس.

واختلف فى العبد يحجر عليه بعد الإذن، والمكاتب يعجز، والقبول أولى؛ لأن تصرفاتهما لا تعلم إلا من قِبَلهما، وليس العادة الإشهاد فى كل شىء، وإنما أجاز فى الكتاب شهادته؛ لأنه لم ير عليه بعد النكول إلا نصف الحق، فلم توجب شهادته نفعًا ولا دفعت ضررًا، وكذلك اختلف فى شهادة الحميل على من تحمل عنه، والجواز أحسن، وإذا كانا شريكين فى شىء بعينه امتنع إقرار أحدهما على صاحبه.

فرع: فى الكتاب إذا مات أحدهما لا يحدث الآخر فى المال ولا فى السلعة شيئًا إلا برضا الورثة لانقطاع الشركة. فإن أقام أجنبى بينة أن مائة دينار من الشركة كانت عند الميت، فلم توجد ولا علم مصرفها، وموته قريب من أخذها، ويظن أنه لم يشغلها - فهى فى حصته، وإن تطاول وقته[1] لم يلزمه؛ لأن شأن الشريك الحوز والتصرف؛ فلا يضمن لعدم تعين العدوان.

قال ابن يونس: قال محمد: إن أشهد على نفسه بأخذ المائة، لم يبرأ إلا بشاهدين على الرد، طال أم لا؛ لأن قرينة الإشهاد تقتضى الالتزام، وأما الإقرار من غير قصد إشهاد، فما قال ابن القاسم.

---

(١) فى أ: وفيه.

الرابع فى إلغاء الكلف:

فى الكتاب: إذا كان مال المتفاوضين كثيرًا، وهما فى بلدين على أن يحوز كل واحد على صاحبه ويلغيا نفقتهما، كانا فى بلد أو بلدين، وإن اختلف سعراهما، كانا ذوى عيال أو لا عيال لهما - يجوز؛ لأنه العادة، وهو معلوم متقارب، فإن كان العيال لأحدهما، حسب كل واحد ما أنفق وما اشتراه لعياله، وللبائع ابتياع أيهما شاء بثمن ما يبيع لذلك من كسوة لهما أو لعيالهما مما يلغى، وهى من مال التجارة إلا كسوة لا يتبدل مثلها؛ فلا تلغى، ومن ابتاع طعامًا أو كسوة له أو لعياله، لم يدخل فيه الآخر؛ إذ لابد لهما من ذلك وعليه عقدا.

قال اللخمى: القياس: إذا كان البلد قرارا لهما، أن يحاسب من فى البلد الغالى بما بين السعرين، وإن لم يكن واحد منهما فى قراره فلا يحاسب بما بين السعرين، أو أحدهما فى قراره وهو أغلاهما حوسب بما بين السعرين، أو الآخر أغلاهما لم يحاسب بذلك الفضل؛ لأنه خرج من سبب المال وله مندوحة عن ذلك الغلاء، وإن كان كل واحد فى قراره أو أغلاهما فى قراره حاسب أقلهما سعرًا؛ لأن الأصل نفقة كل واحد على نفسه، وما سوى ذلك فهو على العادة، وإن كانت العادة الإنفاق من الوسط، جاز على ما تجوز عليه الشركة من المساواة فى الانتقال، وأن يكون الربح على قدر رءوس الأموال، وكل موضع تلغى فيه النفقة تلغى فيه الكسوة.

وإن تساوى العيال فى العدد دون السن تحاسبا بذلك كاختلاف العدد. والكسوة التى لا تبتذل، ربحها لهما وخسارتها على مشتريها، ويحاسب بما وزن فيها، وإن علم بذلك قبل دفع الثمن خير الشريك الآخر فى ردها للشركة، أو يمضيها له خاصة ويمنعه من وزن ثمنها من مال الشركة إلا أن يسقط من نصيبه من المال قدرها. وإن غاب المشترى وطالب البائع الشريك الآخر بالثمن، لم يكن ذلك له. وإن قال مشتريها اشتريتها على غير مال الشركة؛ لاستقراض الثمن أو لأخذه من الشركة، وتسقط الشركة فيما ينوب ثمنها - فله ذلك وربحها له. وإن اختلف رأس المال وتساوى العيال أنفق صاحب القليل بقدر ماله لا بقدر عياله، ليحاسب بذلك فى المستقبل؛ لئلا يأخذ من المال أكثر مما يأخذ صاحبه.

الخامس: فى الجواهر يد كل واحد من الشريكين يد أمانة فيما يدعيه من تلف أو خسران ما لم يظهر كذبه؛ لأن كل واحد وكيل للآخر، فإن اتهم استحلف. وإن

قال: ابتعت سلعة وهلكت، صدق، ويصدق فى أنه اشترى لنفسه خاصة أو للشركة. فإن قال: هذا المال من مال الشركة حصل لى بالقسمة، صدق شريكه فى إنكار القسمة؛ لأن الأصل عدمها.

فرع: إذا كانا شريكين فى حيوان مثلا بميراث أو غيره، لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه، فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشترى بغير إذن شريكه، فمقتضى القواعد أن الشريك يضمن، وبه أفتى شيوخنا والشافعية؛ لأن أحسن أحواله أن يكون فى الأمانة كالمودع عنده، والمودع إذا وضع يد الأجنبى ضمن بتعديه.

فإن قيل: يلزم عدم صحة البيع؛ لعدم قدرته على التسليم شرعا. قلنا: إن كان شريكه حاضرا سلم المبيع له، وتقع الحكومة بينه وبين المشترى، أو غائبًا، رفع أمره إلى الحاكم يأذن له فى البيع، ممن شأن الحاكم وضع مال الغائب تحت يده، ويصح البيع، ولم أر فى ذلك نقلا، غير أنه مقتضى القواعد، مع أن الشيخ أبا عمرو ابن الحاجب قال فى مختصره فى كتاب الرهن: المشهور أنه لا يفتقر فى رهن المشاع إلى إذن الشريك، وله أن يقسم ويبيع ويسلم، وعلى القول الآخر فى صحة البيع قولان لتأخير التسليم.

السادس - فى العهدة:

قال ابن يونس: قال مالك: ما يقضى فيه بالشركة كأهل الأسواق فالعهدة على البائع، وكذلك إن أشركه بعد تمام البيع بحضرة ذلك، ولو اشترطه أم لا إن باعه بيعًا بحضرة البيع فعلى البائع الثانى إلا أن يشترطه على الأول، إلا أن يبقى وقت البيع الأول؛ فلا يلزم هذا الشرط والعهدة على الثانى؛ وحد ذلك الافتراق من الأول افتراقا بينا وانقطاع مذاكرة البيع الذى كانا فيه، ثم يباع الثانى فلا ينتفع باشتراطه على الأول.

قال محمد: هذا فيما يشترى بعينه، أما ما يسلم فيه، فعهدته على البائع الأول إذا بيع قبل قبضه مما يجوز بيعه.

* * *

الباب الثالث

وهو إما بينهما، أو بين أجنبي وبينهما، فهذان[١] فصلان.

الفصل الأول – فى التنازع بينهما:

وفيه ثلاثة عشر فرعًا:

الأول: فى الجواهر أصل المتفاوضين أن ما بأيديهما على ما شهدت به البينة من الأجزاء، فإن لم تعين جزءًا حمل على النصف؛ لأن الأصل عدم الاختصاص.

الثانى: فى الجواهر: لكل واحد البيع بالدين والابتياع، ما لم يحظر الآخر عليه.

الثالث: ما بيده متاع من متاع التجارة؛ لأنه من متاعها. ولو قال: فلان شريكى، ثم قال: حدثت لى هذه الدار – صدق مع يمينه؛ لصدق الاسم بدونها. وإن قال: فى كل التجارة، وقال الآخر: بل فيما فى يديك دون ما فى يدى – صدق مع يمينه؛ لأن الأصل اختصاصه بملك ما فى يده. وإن قال – فى حانوت فى يديه فلان شريكى فيما فيه، ثم أدخل فيه عدلين، وقال: ليسا من الشركة، وقال الآخر: قد كانا فى الحانوت يوم إقراره – صدق هذا؛ لأن الإقرار مستصحب على ما فى الحانوت إلا أن تشهد بينة بخلافه، وعن أشهب يصدق الأول؛ لأن الأصل عدم تناول الإقرار له.

الرابع: فى الكتاب: إذا ادعى شراء سلعة ثم ضياعها صدق لأنه أمين.

الخامس: قال: إذا جحد أحد المتفاوضين المال، وأقام الآخر بينة، فهلك المال بيد الجاحد فى الخصومة ضمن حصة الآخر؛ لأنه غاصب بمنعه.

السادس: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا قدم شريكٌ بيده أموالٌ يقول: هى ودائع أو هى عروض، فقال: دفعت لى لأبيعها، فقلت له: اذكر اسم أربابها – فإن سماهم وحلفوا أخذوا، وإن نكلوا أخذوا نصيب المقر وحده؛ مؤاخذة له بإقراره، وإن لم يسم فذلك بينكما.

قال بعض القرويين: ظاهر قوله أنه يحتاج إلى عدالة المقر؛ لأنه جعله شاهدًا، وينبغى قبول إقراره لمن لا يتهم عليه، ويحتمل التحليف استبراءه.

وعن مالك: إذا قال عند المحاسبة: جعلت فى مال الشركة مالا، يحلف شريكه

(١) فى ط: فهذه.

على البت: ما له فيه شيء ولا جعل فيه شيئًا، والمال بينهما؛ لأن الأصل استصحاب المفاوضة على جميع ما بيده.

السابع: قال: قال ابن القاسم: إذا ادعى المفاضلة، فقال: لك الثلث ولى الثلثان، وقلت: النصف، وليس المال بيد أحدكما دون الآخر - له النصف؛ لأنك سلمته، ولك الثلث؛ لأنه سلمه، وتقتسمان السدس نصفين؛ لوقوع التنازع فيه.

وقال أشهب: المال بينهما نصفان بعد أيمانهما لأنه ظاهر المفاوضة. وكذلك لو كانوا ثلاثة، فادعى الثالث الثلث يقسم المال بينهم أثلاثًا عنده؛ لتساويهم فى الحيازة والأيمان، وإنما اختلفت الدعاوى.

قال محمد: فلو ادعى أحدهم الثلثين، وقال: لكما الثلث، وقال الآخر لى النصف ولكما النصف، وقال الآخر: لكل واحد منا الثلث - يضرب لكل واحد بحصة دعواه، فيقسم المال على تسعة: لمدعى الثلثين أربعة، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث اثنان.

والذى يجرى على أصل ابن القاسم أن يسلم صاحب النصف وصاحبُ الثلث: السدسَ لصاحب الثلثين؛ لعدم المنازعة فيه، وتبقى خمسة أسداس، ادعى صاحب الثلثين ثلاثة أسداس، وصاحب النصف وصاحب الثلث يدعيان الجميع؛ فتقسم [هذه الخمسة أسداس](1) نصفين، لصاحب الثلثين سهمان ونصف سدس، وذلك عشرة أسهم من أربعة وعشرين، ويبقى من المال أربعة عشر سهمًا يدعى صاحب النصف أن له منها اثنى عشر التى هى نصف جميع المال، وأن السهمين الباقيين لا شيء فيهما له فيدفعان لصاحب الثلث، ويدعى صاحب الثلث أن له من الأربعة عشر ثمانية التى هى ثلث جميع المال وأن الستة الباقية لصاحب النصف، لا شيء له فيها فتدفع الستة لصاحب النصف، فتبقى ستة يدعيها صاحب الثلث مع الاثنين التى بيده، ويدعيها صاحب النصف مع الستة التى سلمها له صاحب الثلث، فكل واحد منهما يدعى هذه الستة، فتقسم بينهما نصفين، يحصل لمدعى النصف تسعة أسهم، ولمدعى الثلث خمسة أسهم، ولمدعى الثلثين عشرة أسهم؛ فذلك أربعة وعشرون سهمًا.

---

(١) فى أ: هذه الثلاثة الأسداس.

فلو ادعى أحدهم جميع المال والآخر النصف والآخر الثلث، قال محمد: يسلم مدعى الثلث ومدعى النصف السدسَ لصاحب الكل، ثم صار الكل يدعى الخمسة الباقية والآخران يدعيانها؛ فتقسم بينهم نصفين: لصاحب الكل عشرة قراريط، وللآخرين عشرة قراريط، وصاحب الثلث لا يدعى فى هذه العشرة إلا ثمانية، فسلم اثنين لصاحب النصف، ثم تقسم الثمانية بين الآخرين نصفين؛ لتساوى دعواهما، وإن شئت قلت: سلم مدعى الثلث لصاحب الكل الثلثين، ثم نازع الآخر فى الثلث، فيقسم بينهما نصفين، ثم يقول صاحب [الكل لصاحب النصف](١): سلم لى ما زاد على النصف وهو الثلث؛ لأخذ [الآخر](٢) السدس.

وقال عبد الوهاب: يقسم المال بينهم على ستة وثلاثين، لمدعى الكل خمسة وعشرون، ولمدعى النصف سبعة أسهم، ولمدعى الثلث أربعة أسهم؛ لأن مدعى النصف والثلث أقرا بتسليم النصف لصاحب الكل، وأقر صاحب الثلث بتسليم السدس، فيتداعياه - مدعى الكل ومدعى النصف - فيقسم بينهما نصفين؛ فيصير لمدعى الكل سبعة من اثنى عشر، ولمدعى النصف سهم، ثم يقسم الثلث بالسوية؛ فيكون لكل واحد سهم وثلث؛ فيصير لمدعى الكل ثمانية وثلث، ولمدعى النصف سهمان وثلث، ولمدعى الثلث سهم وثلث؛ فتضرب(٣) الاثنى عشر فى مخرج الثلث لتسلم السهام؛ فتكون ستة وثلاثين. وطريق محمد أبين؛ لأن مدعى النصف ومدعى الثلث لا يسلمان لمدعى الكل إلا السدس.

وقال ابن ميسر: لصاحب الكل ستة أسهم، ولصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان، فيقسم المال بينهم على أحد عشر سهمًا، وهو أعدل الأقوال، وهو على عول الفرائض والوصايا؛ كمن أوصى لرجل بماله، ولآخر ببعض ماله، ولآخر بثلثه - فالثلث بينهم على أحد عشر سهمًا باتفاق؛ فكذلك ههنا.

الثامن: قال سحنون: إذا قال فلان شريكى، ولم يقل فى جميع المال ولا مفاوض -: فإن خصص مالا فى الإقرار وكان كلامًا يستدل به على شىء، أتبع ذلك، وإلا شركه فى جميع المال؛ لأن ظاهر الشركة التساوى.

(١) فى ط: النصف.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فتصير.

التاسع: قال: إذا قال: أشركتك فى هذه السلعة، ولم يسم، ثم اختلفا بعد الخسارة - فالمشترى مدع، ويصدق الآخر مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه الخسارة إلا أن يأتى بما لا يعرف. وإن ربحا فيها، فقال المشترى: أشركتك بالسدس، وقال الآخر: بالنصف - صدق المشترى مع يمينه؛ لأن الآخر مدع نقل مال الآخر إليه، قاله مالك.

فإن قالا: لم ننو شيئًا، قال ابن القاسم: فنصفان. فإن كانت السلعة قائمة، قال ابن القاسم: صدق المشترى فيما يدعيه؛ لأن الأصل عدم انتقال ملكه.

وفى الواضحة: إن سأله من يلزمه أن يشركه صدق مدعى النصف، كانت قائمة أو فائتة، بزيادة أو خسران، فإن كان لا يلزمه إشراكه، فكما تقدم: يصدق مدعى الأقل، والفرق بينهما: أن العهدة فى الأولى على البائع، وفى الثانية على المشترى.

العاشر: قال: إذا أراد شراء سلعة للتجارة، فوقف آخر ساكتًا، فلما وجب البيع طلب الدخول معه، فأبى - قال مالك وابن القاسم وأشهب: إن كان شراؤه للبعض أجبر على الشركة، بخلاف من اشترى بمنزله أو ليخرج بها إلى بلد آخر؛ لئلا يفسد الناس بعضهم على بعض إذا لم يقض لهم بهذا.

قال ابن حبيب: إنما قال مالك فى تجار أهل تلك السلعة وأهل سوقها، كان مشتريها من أهل التجارة أو من غيرهم إذا اشتراها للتجارة، وقد قضى عمر بذلك.

الحادى عشر: قال: إذا سئل الشركة عند البيع وسكت، لا يحتج عليه بسكوته، ويصدق، ولو قال: لا أفعل، فسكتوا، وقالوا: أردنا بسكوتنا تخفيض السعر - لا ينفعهم ذلك.

قال أصبغ: ومتى يستدل على كذبه بكثرة تلك السلعة، وأن [مثلها تشترى للتجارة][1] قبل قول من ادعى أنها للتجارة دون القنية؟!

الثانى عشر: قال: قال سحنون: لكما سفينة تريد حمل متاعك، وليس لصاحبك ما يحمله - فلك الحمل، ولا يقضى له بكراء ولو طلبه، بل يحمل مثل ما حملته، وإلا بيع المركب عليكما؛ لأن مقتضى الشركة الانتفاع بالعين المشتركة لا لزوم كراء.

---

(١) فى أ: مثلها لا تشترى للتجارة.

الثالث عشر: قال: ضاع المال منى، ثم قال: دفعته للشريك، ثم [قال:] إن ما دفعته من مالى بعد الضياع - قال ابن القاسم: لا يصدق، وأراه ضامنًا؛ لأن اضطرابه تهمة. ولو قال له شركاؤه: أعطنا ثمن ما بعت، فقال هو فى كمى، فذهب ثم أتى فقال: قطع من كمى - قال ابن القاسم: يضمن إذا سألوه فلم يعطهم؛ لأنه فرط.

الفصل الثانى: فى المنازعة بينهما وبين أجنبى

وفيه ثلاثة فروع:

الأول: فى الجواهر مهما قضى أحدهما الغريم برئ، وإن كان غير الذى عامله؛ لأن يدهما كيد رجل واحد، وكذلك إذا رد له ما أودعه شريكه من مال الشركة، وللبائع اتباع أيهما شاء بالثمن أو القيمة فى فوت البيع الفاسد، وإن افترقا قبل حلول أجل دينه عليهما، وإن قضى أحدهما بعد الافتراق عالمًا به، لم يبرأ من حصة الآخر، أو غير عالم برئ منهما جميعًا.

الثانى: فى الكتاب إذا مات أحد المتفاوضين فأقر الحى أنهما رهنا متاعًا من الشركة عند فلان وقال ورثة الهالك بل أودعته أنت إياه بعد الموت - فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحى، فإن نكل فله حصة المقر رهنا.

كما إذا أقر أحد الورثة بدين على الميت؛ فإن صاحب الدين يحلف، فإن نكل أخذ من المقر ما ينوبه من الدين مؤاخذة له بإقراره - قال ابن يونس: يصدق الشريك وكذلك إقرار أحدهما بدين بعد التفرق، ويلزمهما فى أموالهما؛ لأنهما كالرجل الواحد.

وقول ابن القاسم تلزم المقر حصته، يريد: إذا لم يحلف المشهود له.

وقال بعض القرويين: اختلف فى شهادة أحد الشريكين فأجازها ههنا، مع أنه لو خرج لغرم جميع المال الذى أقر أن المبتاع[1] رهن فيه؛ لأنه حميل عن صاحبه بنصفه، وإذا كان صاحب الدين يقدر على الذى عليه الدين ميتا جازت؛ لأنه غير مطلوب، وإلا فلا؛ لأنه مطلوب، وليس هذا ببين؛ لأن الطالب يقول: لا يلزمنى أن أحلف؛ لأنى يمكننى أخذ حقى بغير يمين. وقيل: إقراره بعد الموت جائز على الشريك.

(١) فى ط: المتاع.

الثالث: قال اللخمى: إذا كان بيدهما دار، فأقر أحدهما لثالث بنصفها وأنكر الآخر، وقال: هى بيننا نصفان أو: لى ثلاثة أرباعها ولك الربع، أو جميعها لى - فإن قال: نصفان، حلف على ذلك، وكان نصفها له ونصفها للمقر وللمقر له. وإن قال: لك ربعها وثلاثة أرباعها لى، حلف المقر وله ما حلف عليه، ولا شىء للمقر له؛ لأن ما أقر له به لا شىء له فيه ولا يد له عليه، فشريكه أحق به إذا ادعاه؛ لأن يده عليه. وإن قال: جميعها لى دونكما فللمقر حظ المقر له وهو النصف، ثم يقسم الشريكان النصف الآخر بعد أيمانهما، وفى صفة القسمة ثلاثة أقوال:

فعلى قول مالك على قدر الدعوى أثلاثًا.

وعلى قول ابن القاسم أرباعًا، للمنكر نصف النصف بإقرار شريكه له، ثم يقتسمان النصف الآخر بينهما بالسواء؛ لتساوى دعواهما؛ فللمقر ثمن جميع الدار والباقى للمنكر.

وعلى قول أشهب النصف بينهما نصفان؛ لأن يد كل واحد منهما على ما يدعيه، فإن قال: النصف لى والنصف لفلان، ويدك معى عارية منه أو بإجارة، وقال الآخر: لا شىء لفلان وهى بيننا نصفان أو: لى ثلاثة أرباعها، أو: هى لى دونكما - صدق المنكر مع يمينه، وليس للمقر له فى جميع هذه الأسئلة شىء؛ لأن المقر لم يقر له بشىء مما فى يديه، بل بما فى يد غيره، والإقرار على الغير غير مقبول، ثم يعود المقال فيما بين الشريكين:

فإن قال المنكر: بل الدار بيننا نصفان، حلف المنكر للمقر له وكانت بينه وبين المقر نصفين، وإن قال: إنما لك ربعها حلف يمينين يمينًا للمقر: أن لا شىء له فيها، ويكون له نصف المقر له، ويكون ربعها للآخر؛ لاتفاقهما أنه له، ويبقى ربع يتحالفان ويقسمانه.

فإن قال المنكر: بل جميعها لى، حلف أيضًا يمينًا للمقر له، ويكون له نصفه، ثم يتحالفان فى نصف ويكون بينهما نصفين، ومتى كان المقر عدلا جازت شهادته فى كل موضع لا يدفع بها عن نفسه.

* * *

كتاب الرهون

في التنبيهات: الرهن: اللزوم، وكل شيء ملزوم فهو رهن، وهذا رهن، أي: محبوس دائم لك، وكل شيء ثبت ودام فقد رهن، ويسمى آخذ الرهن: مرتهنا - بكسر الهاء - وينطلق على الراهن؛ لأنه سبيل الرهن.

قال الجوهري: يجوز: رهنته، وأرهنته رهنًا، وجمعه: رِهَان؛ كحَبْل وحِبال، ويقال: رهن - بضمهما - جمعا لرهان، مثل: فراش وفرش، وَرَهَنَ، معناه: دام وثبت، والراهن: الثابت، والراهن: المهزول[1] من الإبل والناس، وأرهنت في السلعة غاليت فيها، وأرهنت فيها أي أسلفت فيها.

وأصله قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وعلى جوازه في الحضر: ما في الصحيحين أنه - عليه السلام - اشترى طعامًا بثمن إلى أجل، ورهن فيه درعه وهو بالمدينة[2].

قال اللخمي: الإجماع عليه سفرًا وحضرًا، إلا مجاهدًا منعه في الحضر، بمفهوم قوله - تعالى -: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ فشرط السفر. وجوابه: إنما خصص السفر؛ لغلبة فقدان الكاتب الذي هو البينة فيه.

تنبيه: إنما رهن عند اليهودي؛ حذرا من مسامحة المسلمين أو إبرائهم وهو يدل على جواز الشراء بالنسيئة، وعلى جوازه في الديون، وعلى جواز معاملة أهل الذمة. وإن كانت أموالهم لا تخلو عن ثمن الخمور، والربا.

قال صاحب القبس: لم يصح إلا حديثان: هذا، وفي البخاري «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ وَيُحْلَبُ بِنَفَقَتِهِ»[3].

وآخر، أرسله مالك في الموطأ:

---

(١) في ط: المعزول.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٣٥٤) في البيوع: باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة (٢٠٦٨)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦) في المساقاة: باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر (١٢٤/ ١٦٠٣).

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ١٤٣) في الرهن: باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٥١٢)، وأبو داود (٣/ ٢٨٨) في البيوع: باب في الرهن (٣٥٢٦)، والترمذي (٣/ ٥٥٥) في البيوع: باب ما جاء في الانتفاع بالرهن (١٢٥٤)، وابن ماجه (٢/ ٨١٦)، في الرهون: باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٤٤٠) وأحمد في المسند (٢/ ٤٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٨).

قال - عليه السلام -: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»[1]، غير أن الفقهاء اتفقوا على الأخذ به، وزاد الدارقطنى فيه: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِه الَّذِى رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْه غُرْمُهُ»، ويعارضه حديث البخارى المتقدم، حيث جعله محلوبًا ومركوبًا بنفقته، واتفق العلماء على أن منافع الرهن [. . .][2].

وقال (ح): هى عطل للحيلولة بين الراهن والرهن، وعدم ملك المرتهن؛ فلا تكون لواحد منهما.

ويرد عليه حديث الدارقطني[3] «له غنمه. . .» الحديث، ونهيه - عليه السلام - عن إضاعة المال، ولأن الراهن مالك إجماعًا؛ فهو أحق بمنافع ملكه.

وقال (ش): يستوفيهما الراهن عند نفسه.

وقوله - عليه السلام -: «يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ، وَيُحْلَبُ» يحمل على أنها كانت عادتهم، أو برضا المتراهنين. ومعنى «لا يغلق الرهن» أى: لا يذهب هدرا؛ لقول الشاعر - وهو زهير -:

وفـارَقَـتْـكَ بِـرَهْـنٍ لا فِـكَـاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا[4]

أى: ذهب بغير جبر.

وفى ذلك أحوال:

---

(١) أخرجه الشافعى فى الأم (٣/ ١٦٧)، والشافعى فى المسند (٢/ ١٦٤)، (٥٦٧)، ومن طريقه البيهقى فى سننه (٦/ ٣٩)، وسند الرواية ضعيف؛ لضعف يحيى بن أبى أنيسة، كما فى التقريب (٢/ ٣٤٣)، والتهذيب (١١/ ١٨٣ - ١٨٥)، وأسندها الشافعى وغيره من حديث أبى هريرة؛ الشافعى فى المسند (٢/ ١٦٣ - ١٦٤) فى الرهن (٥٦٩)، وأخرجه ابن حبان فى صحيحه، أورده الهيثمى فى موارد الظمآن ص (٢٧٤) فى البيوع: باب ما جاء فى الرهن (١١٢٣)، والدارقطنى (٣/ ٣٢ - ٣٣) فى البيوع: (١٢٥ - ١٣٣)، والحاكم (٢/ ٥١) فى البيوع: باب لا يغلق الرهن. والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٣٩) فى الرهن: باب غير مضمون. وحسنه الدارقطنى وصححه ابن عبد البر وعبد الحق. ورجح جماعة - منهم أبو داود، والدارقطنى، والبزار، والبيهقى، وابن عبد الهادى - إرساله. انظر: إرواء الغليل (٥/ ٢٣٩).

(٢) بياض فى ط.

(٣) فى ط: البخارى.

(٤) البيت لزهير بن أبى سلمى فى ديوانه ص ٣٣، ولسان العرب (١٠/ ٢٩٢) (غلق)، وكتاب العين (٥/ ٢٨٤)، ومجمل اللغة (٤/ ١٦)، ومقاييس اللغة (٤/ ٣٩١)، وديوان الأدب (٢/ ٢٤٦)، وأساس البلاغة (فكك)، وتاج العروس (فكك)، و (غلق).

أحدها: تفسير مالك هذا.

وثانيها: يهلك عند المرتهن، فهل يضمن بقيمته؟ قاله (ح)، أَوْ لا قاله (ش). أو يفرق بين ما يغاب[1] عليه، وغيره؟ قاله مالك.

قال صاحب الاستذكار: مرسل الموطأ، متصل من طريق[2] ثابتة، وروايته بضم القاف على الخبر، أى: لا يذهب باطلا، فيقول: إن لم آتك بالدَّين فالرهن لك.

وقال أبو عبيدة: لا تجيز العرب: «غلق» بمعنى: ضاع، بل: إذا استحقه المرتهن فذهب به، وهو قول مالك، وجماهير العلماء.

قال الخطابى: قال أحمد: للمرتهن حلب الرهن وركوبه بقدر النفقة؛ لظاهر الحديث. وقال أبو ثور: إن لم ينفق المرتهن فكذلك، وإلا فلا؛ لقوله - عليه السلام -: «وَعَلَى الَّذِى يَرْكَبُ وَيَحْلُبُ نَفَقَتُهُ».

وقال (ش): المنافع للراهن، اتفق أم لا، ومعنى الحديث: أن عارية الرهن لا تبطل الرهن؛ لصحته أولا، وهو يدل على أن دوام القبض ليس شرطًا.

فائدة: قال الجوهرى: يغلق الرهن، بفتح اللام فى المستقبل، وكسرها فى الماضى، وغَلَقًا: بفتح اللام فى المصدر.

قال الخطابى: أى لا ينغلق ويعقد حتى لا يقبل الفك؛ بل متى أدى الحق انفك، بخلاف المبيع لا يرجع أصلا.

تنبيه: يجوز الرهن، ولا يجب، خلافًا للظاهرية.

لقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولأنه جعله بدل الشهادة، وهى لا تجب؛ فلا يجب.

وفى الكتاب أربعة أبواب.

* * *

---

(١) فى ط: يغيب.

(٢) فى ط: طرق.

الباب الأول

فى أركانه

الركن الأول - العاقد:

وفى الجواهر: يصح ممن يصح منه البيع؛ لأنه عقد؛ فلا يرهن المحجور عليه. وللمكاتب والمأذون أن يرهنا؛ لأن لهما مطلق التصرف.

ولا يرهن أحد الوصيين إلا بإذن صاحبه؛ تحقيقًا للمصلحة، فإن اختلفا نظر الإمام.

فرع: فى الكتاب: اختلف قول مالك فى رهن من أحاط الدين بماله، وهو مستوفى فى كتاب التفليس.

قال فى كتاب التفليس: ما لم يفلس. والمرتهن أحق بالرهن من الغرماء، وعن مالك: الكل سواء. وليس بشىء؛ لأنه لم يتعمد ضرر الغرماء، وقد دخلوا عند المعاملة على ذلك.

فرع: للوصى أن يرهن متاع اليتيم فيما يبتاع له من كسوة، أو طعام، كما يستلف له حتى يبيع بعض متاعه، وذلك لازم لليتيم، وليس له أخذ عروضه بما أسلفه رهنًا، إلا أن يستلف[1] له من غيره خاصة، ولا يكون أحق من الغرماء؛ لأنه حائز من نفسه لنفسه.

فرع: قال: ليس للوكيل على البيع أخذ رهن بالثمن؛ كما ليس له البيع بالدين إلا بأمرك، فإن أذنت له فى البيع، فارتهن رهنًا: لك قبوله وتضمينه[2] إن تلف، ولك رده؛ لأنه عقد آخر لم يتناوله الإذن ويبقى البيع، وإن تلف قبل علمك ضمنه، ولا يشترى عامل القراض بالدين على القراض؛ لأنه غير مأذون فيه. فإن اشترى بجميع المال عبدا، ثم اشترى عبدًا بدين، فرهن فيه الأول - امتنع، لعدم الإذن.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن اشترى الثانى لنفسه أتاه برهن غيره، إن لم يشترط[3] عينه، أو للقراض فلرب المال إجازته رهنًا، أو يرد فيسقط.

---

(١) فى ط: يتسلف.
(٢) فى ط: وتضمنه.
(٣) فى ط: يشترك.

فرع: فى البيان: إذا ارتهن من عبده، فقام غرماء العبد - فهو أحق بالرهن إن ثبت.

تنبيه: والدين قدر مال العبد، وإلا فلا، ولو ثبت ببينة لضعف الرهن؛ لكونه ماله.

الركن الثانى - المرهون:

وفى الجواهر: شرطه إمكان الاستيفاء منه، أو من ثمنه، أو من ثمن منافعه - الدينَ الذى رهن به، أو بعضه؛ لأنه حكمة الرهن، ولا يشترط أن يكون عينًا؛ فيصح رهن الدين ممن هو عليه أو من غيره. ويجوز رهن المشاع، ولا يشترط صحة بيعه فى الحال كالثمرة؛ لأن المقصود أخذ الحق عند الأجل.

وقال الشافعية: يمتنع ما يفسد بنفسه كالورد، وما لا يصح بيعه، وإلا فيجوز. قالوا: ويمتنع كون المبيع رهنًا، سواء قبض ورهن أم لا؛ لأنه عند الشرط ليس ملك الراهن، ولهم فى [رهن](1) الدين قولان على جواز بيعه، أو هو غرر؛ لتوقع عدم الدفع والإعسار، ومنعوا رهن منفعة الدار ونحوها؛ لتلفها قبل حلول الأجل، وكذا فى الدين الحال؛ لتوقع تأخر القضاء، وجوزوا الأصول دون الثمار، وبالعكس بجواز البيع فيهما.

ومنعها (ح)، لاتصال الثمرة بما ليس برهن، وهو الأصول فأشبه المشاع، ولأن الأصول مشغولة بملك.

وجوزوا الأمة دون ولدها، لبقاء الملك، ولا تفرقة، ومنعوا المصحف وكتب الحديث والفقه، والعبد المسلم من الكافر، وكذا الكراع، والسلاح من الحربى؛ لأن الكافر لا ينبغى أن يمس مصحفًا، ولا هذه الأمور؛ لتوقع الفساد بسببها.

ومنع (ح) المستعار؛ قياسًا على البيع، وجوزه (ش) معنا؛ لأن المعير أذن، والفرق: أن البيع يعتمد ما يستقر فيه الملك، ولا استقرار فى المعار بخلاف الرهن، وأن مقصوده الترفق.

قال الطرطوشى: يجوز رهن ما يفسد من الأطعمة الرطبة، فإذا خيف عليها بيعت، وأقيم ثمنها مقامها.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: قال اللخمى: يرهن الدين وحيازته بحيازة ذكر الحق، والجمع بينه وبين الغريم، وإن لم يكن ذكر الحق فالجمع كاف، ويشهد: لا يقضيه غريمه، حتى يصل المرتهن إلى حقه، وأنه إن فعل كان متعديًا، ويغرم الدين؛ لأنه أتلفه، إلا أن يكون حقه أقل. فإن كان الغريم غائبًا، ولا ذكر حق: كفى الإشهاد، وفيه خلاف.

ويصح رهنك دينًا فى ذمتك، وتحوزه من نفسك لنفسك، ولا يدفع إليك ذكر الحق؛ لأنه يخشى أن يجحده. وإن بعته بثمن مؤجل، وأرهنت دينًا، وأجلهما سواء - جاز البيع، وكذلك إن كان حلول الأخير قبل، فإن وفى الراهن، وإلا بيع الدين عليه إلا أن يكون طعامًا من سلم، وهو حرام[1]؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

فإن كان يحل أجله قبل، وَشُرِطَ بقاؤه لحلول الدين الآخر، امتنع؛ لأنه بيع وسلف، وإن شرط إيقافه عند عدل جاز، وإن سكتا عن إخراجه وإيقافه جاز.

فرع: فى الكتاب: يجوز المشاع مطلقًا، انقسم أم لا، وقاله (ش) وابن حنبل، ومنعه (ح) من الشريك وغيره.

ومدرك المسألة: أن دوام اليد، هل هى ليست شرطًا؟ قاله (ش) ؛ فلا يضر رجوع المشترك للشريك. أو هو شرط، فهل يضر كأخذ الشريك العين المشتركة فى نوبته؟ قاله (ح). أو لا يضر؛ لأنه يجوز الجميع إن رَهنَ عند الشريك، ويحل محله إن رهن عند غيره؟ قاله مالك

لنا: عموم الآية فى المشاع وغيره

فإن قيل: قوله -تعالى -: ﴿فَرِهَٰنٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] نكرة فى سياق الثبوت، فلا تعم.

قلت: سؤال صحيح، لكنا نعنى بالعموم أنه لا فارق بين المشاع وغيره إلا بالإشاعة، وهى لا تصلح فارقًا لتصور القبض بما ذكرناه، وقياسًا على البيع، أما التمسك بالعموم الوضعى فلا يصح؛ لأن حق المرتهن لا يزيد فى العين على حق المالك؛ فكما لا تنافى الإشاعة الملك لا تنافى الرهن بطريق الأولى، ولأنهم وافقوا على رهن الجميع من اثنين فى عقد فيجوز فى عقدين كعينين.

احتجوا بالقياس على النكاح؛ فإنه لا يصح زواج امرأة دون جزئها، ولأن مقصود

---

(١) فى ط: حر.

الرهن التوثق بدوام اليد، والإشاعة تمنع؛ فإن المهايأة مستحقة عندنا بالإجازة من الحاكم عليها عندنا، وعندكم بأن يبدأ صاحبها فتزول اليد؛ فلا يصح كما لو شرطه يومًا رهنًا ويوما لا، أو نقول: هو غير متميز؛ فلا يصح كما إذا رهنه أحد العبدين، ولأن عقود الرفق تفسدها الإشاعة كالقرض، والقراض، وقياسًا على الكفالة بجامع التوثق.

والجواب عن الأول: أن مقصود النكاح الحل، والإشاعة تنافيه، ولا تنافى التوثق الذى هو مقصود الرهن؛ لأن زواج امرأة لرجلين باطل بخلاف رهن عبد عند اثنين.

وعن الثانى: أن اليد مستمرة عندنا بمنع الراهن رهن من وضع يده على الجميع.

وعن الثالث: أن الفرق تعذر البيع عند حلول الدين فى أحد العبدين، وقبول المشاع له.

وعن الرابع: الفرق بتعذر المطالبة، ولا يتعذر البيع فإن قالوا: بل نقيس على الكفالة بنصف البدن.

قلنا: تصح الكفالة. قال الطرطوشى: لو تكفل اثنان بواحد وليس أحدهما كفيلا للآخر، فأحضره أحدهما لم يبرأ الآخر.

تفريع: قال فى الكتاب: يقبض المرتهن الجميع، ويحل محل الراهن، ويجوز أن يضعاه على يدى الشريك، فإن أراد الشريك البيع قاسمه الراهن وهو فى يد المرتهن، فإن غاب الراهن قسم الإمام عنه؛ لأن له الولاية فى أموال الغيب.

قال التونسى: إذا ارتفعت يد الراهن، وصارت يد المرتهن مع الشريك – صح الحوز.

وقال أشهب: ما ينتقل – كالعبد – لابد أن يكون بيد المرتهن كله، أو على يد الشريك، أو غيرهما، بخلاف ما لا ينتقل؛ لعسر حوزه. ومنع أشهب رهن المشاع إلا بإذن الشريك؛ خوفًا من أن يدعوه إلى بيع الجميع. فإن كانت الدار كلها للراهن، فقيل: يمنع حتى يقبض المرتهن الجميع، أو يكون على يد عدل؛ تحقيقا للحوز. وقيل: تكون يد المرتهن مع الراهن كما يقبض فى البيع.

وقال أشهب: إذا رهنت نصيبك من الدار، وجعلته على يد الشريك، ورهن الآخر نصيبه، وجعله على يد الشريك الراهن – بطل رهنهما؛ لرجوع أيديهما على

الدار، ولو جعل الثانى نصيبه على يد أجنبى بطل نصيب الذى بقيت يده على الدار، وعلى القول الثانى، يتم نصيبه [بحوز أجنبى عنه][١]، وعلى هذا: إذا رهن أحدهما نصيبه، ثم أكرى نصيب شريكه، فإن بقيت يده مع المرتهن بطل الرهن، ولكن يقاسمه، ويكون ما أكرى على يد الحائز وعن ابن القاسم: إن ارتهن الدار فأكراها من رجل بإذن الراهن، فأكراها المكترى من الراهن: فإن كان المكترى من ناحية رب الدار، فسد الكراء والرهن، أو أجنبيًا: صح كما تقدم حوزه للرهن، وهو مغلوب على رده ليد صاحبه، كالعبد إذا أَبَقَ بعد الحوز، فأخذه الراهن. واختلف فى رهن ما أكرى: هل تصح حيازته أم لا؟

وفى المدونة: إذا اشترط الانتفاع بالرهن، لا يبطل الحوز مع أنه مكتر؛ لكونه[٢] فى عقد واحد، فيصح فى عقدين.

قال صاحب المنتقى: قال أشهب: لا يجوز رهن المشاع فى المنتقل، إلا بإذن الشريك كالثوب، والسيف[٣]، وكل ما لا يقسم[٤]؛ لأنه يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن انتقض الرهن. فإن أذن فلا رجوع ولا بيع، إلا بشرط بقاء الجميع بيد المرتهن، ولا يفسد بذلك البيع، وإن بعد الأجل؛ لأنه يقدر على تسليمه، كالثوب الغائب إذا بيع على الصفة.

قال: وما قاله من أن الرهن لا يمنع من بيع الشريك نصيبه، بأن يفرده بالبيع، أو يدعوه الراهن إلى البيع معه.

فرع: فى الجلاب: يجوز رهن غير المعين، وهو أحد قولى (ش)

لنا: القياس على اشتراط الشهود، وله القياس على الأجل والثمن بجامع اختلاف الأغراض.

والفرق: أن الأجل راجع إلى الثمن، وهو ركن، والجهل بالركن مفسد، والراهن أجنبى كالشاهد فإلحاقه به أولى.

فرع: فى الكتاب: يجوز ثمر النخل قبل بدو صلاحها، إن حيزت. ويتولى

---

(١) فى ط: لحوز أجنبى معه.
(٢) فى ط: لكنه.
(٣) فى ط: والسلف.
(٤) فى ط: ينقسم.

الحائز السقى، والعمل، وأجرة السقى على الراهن؛ كنفقة الدابة، وكسوة العبد، وكفنه إن مات، وللمرتهن أخذ النخل معهما، وقبض الأرض مع الزرع ليتم الحوز، ولا يكون رهنًا عند قيام الغرماء إلا الثمرة والزرع.

وتردد (ش) فيهما؛ لتعذر البيع فى الحال، أو خفة الغرر؛ لرجوعه للتوثق دون الحق، بخلاف البيع: يرجع الغرر إلى نفس المقصود الأعظم.

فرع: قال فى الكتاب: حمل الأمة، وما تلده بعد، ونتاج الحيوان يدخل فى الرهن، بخلاف ما فى النخل من ثمر أبرَ أم لا، إلا أن يندرج؛ لاندراج الولد فى البيع دون الثمرة، وكذلك غلّة الدور، والعبيد للراهن، إلا أن يشترطها المرتهن.

وكذا صوف الغنم، ولبنها، إلا لحمل نباته يوم العقد، ومال العبد لا يتبعه كالبيع، إلا أن يشترطه فيندرج وإن كان مجهولا، وما وهب للعبد -كماله – موقوف بيده، إلا أن ينزعه سيده.

ووافقنا (ح) وخالفنا (ش) وابن حنبل فى النماء المتميز، ووافق فى السمن.

احتج بقوله عليه السلام: «. . . لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» الحديث، وبقوله – عليه السلام –: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ»، ومعناه: للراهن؛ لأن المرتهن لا يحل له الانتفاع بالرهن، ولأن الأصل عدم تناول العقد لذلك

والجواب عن الأول: أن الشىء إذا أضيف باللام لِمَن يقبل الملك، كان معناه الإخبار عن الملك؛ ولذلك قلتم إن الزكاة ملك للأصناف الثمانية؛ فيفيد الحديث أنه ملك للغنم، ونحن نقول به.

وعن الثانى: بأن اللبن، والركوب، لا يندرجان عندنا، إنما يندرج ما تبقى عينه مما تقدم فنقول به.

وعن الثالث: أن الدليل دل على مخالفة الأصل، وهو القياس على البيع، والكتابة، والاستيلاد، والأضحية – بأن الولد يتبع.

تنبيه: هذه العقود المتقدمة انتقل فيها الملك فى الأصل، فقوى الاستتباع، وثم عقود لا تستتبع لعدم نقل الملك، فلهم القياس عليها: كالإجارة، والجعالة، والقراض، والرهن لم يزل الملك فيه؛ فيكون قياسهم أولى.

تفريع: فى الكتاب: لم يجعل الثمر إذا حمل مع الرهن، وجعل الصوف الكامل؛ لأن كامل الثمر للبائع، وكامل الصوف للمشترى، والثمرة تكونت بنفقة

البائع وعمله، بخلاف الصوف.

وقيل: يلحق الثمر اليابس بالصوف التام؛ لأنه إنما فرق بينهما لأن الثمر يترك ليزداد طيبًا، والصوف كَمُلَ. فلما سكت عنه تبع، فإذا يبس الثمر وسكت عنه تبع، كسلعة مع الرهن.

قال التونسى: لم يجيزوا رهن الولد دون أمه وهى حامل، بخلاف ما لم يؤبر من الثمار، ولا فرق.

وأجاز ابن ميسر رهن الأجنة كرهن ما يأتى من الغلة.

قال ابن يونس: قال محمد: لو شرط أن ما تلد ليس برهن امتنع؛ لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، ويجوز رهنها دون ولدها الصغير، وتباع معه، وهو أولى بحصتها، وهو فى الفاضل أسوة الغرماء.

وفى المجموعة: يجوز رهن مال العبد دونه؛ فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن إن قبضه؛ لجواز الغَرَرِ فى الرهن، وما وهب للعبد لا يتبعه، بخلاف ما ربحه فى ماله المشترك؛ لأن الهبة ملك أجنبى.

كما يدخل فى الوصايا ربح ما علم قبل الموت وبعده، دون ما لم يعلم به. وقيل الموهوب له كماله، كما إذا بيع بالخيار واشترط ماله، اندرج ما وهب له، أو تصدق به عليه، أو أوصى به فى أيام الخيار.

وقال أشهب: إن ارتهن نصيبك من رقبة بئر فغلة البئر لك، أو من الماء فالغلة له، وله أخذها من الحق إن كان قرضا، وإن كان إلى أجل، وأما من بيع فليكن ذلك بيد من كان الرهن بيده إلى الأجل؛ سدا للذريعة أن يبايعك على أن يأخذ حقه من الماء بجهالة آجاله.

قال اللخمى: إن زرع الزرع بعد العقد فهو غلة، أو قبله وبرز لم يدخل إلا بشرط؛ لاستقلاله، أو فيه ولم يبرز دخل فى الرهن، إن قام بالبيع قبل بروزه، ويختلف إذا برز قبل البيع: هل يدخل فى الرهن؟ والصوف الحادث بعد الرهن غلة إذا جُزَّ قبل بيع الرهن.

ويختلف إذا قام بالبيع قبل جزازه: هل هو غلة، أو حين يغسل، أو حين يجز؟

قال صاحب شرح الجلاب: يجوز رهن المجهول، ما لم يكن فى أصل عقد البيع؛ لترك البائع جزءًا من الثمن لأجله.

وفى شرح الجلاب إذا كمل نبات الصوف، قال ابن القاسم: يدخل فى الرهن. وقال أشهب: لا؛ كاللبن فى الضرع.

نظائر: يجوز الغرر فى أربع مسائل: الرهن عند ابن القاسم وكره الجنين فى المدونة، وأجازه مالك، والهبة والخلع عند ابن القاسم، وقيل: مكروه، وقيل: يفسخ، وترجع إلى خلع مثلها، والصلح.

فرع: فى الجواهر: يجوز رهن غلة الدار، والغلام، ورهن الأم دون ولدها، ويباع الصغير معها، والمرتهن أولى بحصتها من الثمن، ورهنه دونها، وتكون مع الصغير عند المرتهن ليتم رهنه، وقيل: لا يرهن حتى يبلغ حد التفرقة إلا مع أمه قياسًا على البيع؛ لأنه حوز مفترق، ويجوز رهن المدبر، ويستوفى الدين من خراجه، وإن تأخر الوفاء إلى[١] موت السيد بيع فى الدين كله، أو بعضه.

قال صاحب البيان: قال مالك: لا يرهن الولد دون أمه؛ كالبيع إن فرق بينهما فى الحوز بشرط، ويفسخ الرهن، بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنه معروف، وكره رهنه بشرط جمعهما فى حوز؛ لأن المرتهن كأنه مالك، لما كان أحق من الغرماء، [أو لأنه][٢] لا يباع إلا مع أمه؛ فلا يدرى المرتهن ما يخصه؛ فهو كرهن الغرر، وهو مختلف فيه. فإن سكت عن الاشتراطين جبر على الجمع بينهما، وهذا تفصيل ما تقدم مجملا لصاحب الجواهر.

فرع: فى الكتاب: إذا ارتهنت ما قيمته مائة على خمسين، لم يجز رهن الفضلة لغيرك إلا بإذنك؛ فتكون حائزًا للمرتهن الثانى. فإن هلك ما يغاب عليه بعد ارتهان الثانى، ضمنت مبلغ دينك، وكنت أمينًا فى الباقى؛ لأنك وكيل للثانى، والوكيل أمين، ويرجع المرتهن الثانى بدينه؛ لأن فضلة الرهن على يد عدل.

قال ابن يونس: إنما يصح ألا يضمن الأول الفضلة إذا أحضر الثوب وقت ارتهان الثانى، أو علم بالبينة وجوده حينئذ، وإلا ضمن الجميع؛ لاحتمال تلفه قبل ذلك.

وقال أشهب: ضمانه كله من الأول؛ كما لو كان بيد الثانى وغيره المبدأ عليه، فضاع: لم يضمنه؛ لأنه رهن الأول، وإنما لهذا فضلة إن كانت، وأما لو رهنه[٣]

---

(١) فى ط: على.
(٢) فى ط: أو لا لأنه.
(٣) فى ط: رهنته.

لرجلين، فكان على يد أحدهما: لم يضمن الذى هو على يديه إلا نصيبه.

وعن مالك: لا يصح رهن الثانى حتى يحوزه له غير الأول؛ لأنه حاز لنفسه فلا يحوز لغيره.

قال أصبغ: لو جعله بيد غير المرتهن، جاز رهن الفضل للثانى وإن كره الأول، إذا علم بذلك الموضوع على يديه لتتم حيازته لهما؛ إذ لا ضرر على الأول إذ هو مبدأ.

قال ابن حبيب: إنما اشترط مالك رضاه؛ ليحوز للثانى. فإذا لم يرض لم يقع حوز، ولو كان دين الأول لسنة ثم رهن فضلته فى آخر أشهر، على أن الأول مبدأ، فحل الآخر قبل الأول. قال مالك: إن لم يعلم الآخر أجل الأول بيع الرهن، وعجل للأول حقه كله قبل محله، ويعطى الثانى ما فضل فى دينه.

قال محمد: وهذا إنْ بيع بعين، أو بما يقضى بمثله، وحق الأول مثله.

فأما بعرض، والدين مثله، أو بدنانير والدين دراهم، أو بطعام مخالف لما عليه - فيوضع له رهن إلى حلول حقه.

وقال فى المجموعة: علم الأول أن حق الثانى يحل قبله، أم لا؛ فإنه إن بيع بمثل حقه عجل له لتقدم حقه، وعنه أيضًا: إلا أن يكون حقه طعامًا من بيع فيأبى أن يتعجله؛ فذلك له.

وعن ابن القاسم: إن حل أجل الثانى، وليس فيه فضلة - لم يدفع إلا إلى أجل الأول، أو فيه فضل: بيع الآن، وعجل للأول حقه، وأخذ الثانى ما فضل.

قال محمد: ومن رهن، واشترط للراهن فيه مائة مبدأه، فيموت الراهن أو يفلس - يبدأ الغرماء بتلك المائة.

وقال ابن القاسم: يمتنع هذا الرهن؛ لمخالفة قاعدة الرهون بتبدئة الراهن؛ إذ القاعدة تبدئة المرتهن.

فرع: فى الكتاب: إذا شرط المرتهن منفعة الرهن، والدين قرض امتنع؛ لأنه قرض للنفع. أو من بيع، وشرط للراهن أجلا معينًا: جاز فى الدور والأرضين، وكره فى الحيوان، والثياب؛ إذ لا يدرى كيف ترجع إليه قاله مالك وأجاز ذلك كله ابن القاسم.

قال ابن يونس: على التعليل بالتغيير يمنع رهن الثمر قبل بدو صلاحه، والآبق

فى البيع.

وفى كتاب الحمالة: إذا وقع فى البيع حمالة غرر فسد عند ابن القاسم.

ويجوز البيع عند أصبغ، وقد قيل: إذا رهن من ذمى خمرًا فى البيع، لا يفسد البيع وترد الخمر للذمى، فلو غفل عنها حتى تخللت فهو أحق بها توفية بالعقد.

فإن باع الرهن المشترط منفعته، وهو مما يغاب عليه - قيل: يضمنه؛ لأنه رهن يغاب عليه. وقيل: لا؛ كالعين المستأجرة، وهو مستأجر. وقيل: ينظر ما ينقص بالإجارة، إن كان يومًا - مثلا - استؤجر شهرًا، فقيل: ينقص الربع فربعه غير مضمون، فإن قام بدعوى الضياع سقط ضمان ذلك القدر، وإن لم يقم إلا عند حلول الأجل لا يضمن عند ابن القاسم؛ إذ[1] الضياع قبل قيامه للتهمة، وخالفه غيره؛ لأن الأصل عدم الضمان.

وأجاز فى الكتاب إجارة المصحف، فيجوز اشتراط منفعته.

قال مالك: ولا يجوز له أن يوسع له فى الانتفاع بعد تمام البيع ولا بعد الارتهان؛ لأنه رشوة لرب الدين ليؤخر عنه دينه.

فرع: فى الكتاب: لا يرهن[2] ما لا يعرف بعينه من طعام أو غيره من المثليات، إلا أن يطبع عليه خشية انتفاع المرتهن، ويرد مثله، ولا يطبع على الحلى؛ حذرًا من اللبس، كما يفعل ذلك فى سائر العروض؛ لأنه يعرف بعينه، وجوز الأئمة الكل مطلقًا.

قال ابن يونس: وعن أشهب يمتنع رهن الدنانير بغير طبع، فإن فعل طبع عليها بعد ذلك، ولا يفسد الرهن ولا البيع؛ لعدم تحقق الفساد، وما بيد أمين لا يطبع عليه، وما أرى ذلك عليه فى الطعام، والإدام، وما لا يعرف بعينه.

ولو اعتبرت التهمة مطلقا، اطردت فى الحلى؛ لجواز لبسه فى اليد[3].

فرع: فى الكتاب لا يرهن مسلم من ذمى خمرًا، ولا خنزيرًا قاله الأئمة؛ لأنه لا يستوفى منه الحق.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن قبضه ثم فلس الذمى فهو أسوة الغرماء؛ لبطلان

(١) فى ط: أن.
(٢) فى ط: يبرهن.
(٣) فى ط: العيد.

الحوز شرعًا، إلا أن يتخلل. ولو أراد المسلم إيقاف الخمر بيد النصرانى، أريقت، ولا يلزمه إخلاف الرهن؛ لصدوره على معين. وإن ارتهن مسلم عصيرًا فصارت خمرًا، دفعها للسلطان فتراق إن كان الراهن مسلمًا، وإلا ردت للذمى؛ لأن ملكه معصوم فيها.

فرع: قال صاحب البيان: قال مالك: لا يجوز استثناء حمل فى الرهن. وليس بالبين؛ لامتناع الغرر فى البيع دون الرهن.

وينبغى أن يعلل بأنه لما امتنع الجنين دونها اتباعًا للعمل بغير قياس - امتنعت دونه بغير قياس.

والقياس: الجواز فيهما؛ كالثمرة التى لم تؤبر دون أصلها، وأصلها دونها.

فرع: قال أرش جراح العبد يدخل فى الرهن اتفاقًا؛ لأنها بدل جزئه، وما تنقص [من][1] قيمته كالمأمومة، والمنقلة، والجائفة، والموضحة - فللسيد، إلا أن ينقص ذلك قيمته؛ فللمرتهن أخذ اليسير بقدر ما نقصت قيمته.

فرع: قال: إذا بعت بقرة إلى شهر، وارتهنت عبدًا على أن تأخذ كل يوم غلته درهمًا من الثمن - لم يجز؛ لأنه بيع بثمن غرر، إلا أن يضمن السيد إن تعذر دفعه من قبله أو يتطوع بالرهن بعد العقد؛ فيجوز.

ويجوز فى السلف مطلقًا، إلا أن يتطوع بذلك على أن يرد عليه العبد؛ فيمنع فى البيع والسلف، وإن ضمنه السيد.

فرع: قال: قال ابن القاسم: يمتنع أن ترتهن دينًا عليك فى ثمن سلعة بعينها إلى أجل أبعد من أجل الدين؛ لأنه بيع وسلف؛ لأن تأخير الدين بعد حلوله سلف، إلا أن يشترط وضع الدين على يدى عدل، فإن لم يفعل وفاتت السلعة، فالأقل من القيمة أو الثمن.

فرع: فى الجواهر: لا يشترط أن يكون الرهن ملكا للراهن، بل يستعير ليرهن. وقاله (ش). فإن استوفى من ثمن الرهن المعار، رجع المعير على المستعير عند ابن القاسم - بقيمة المرهون؛ لأنه أتلف العين، فيلزمه قيمتها.

وقال أشهب[2]: بل بمثل ما أدى عنه من ثمنه؛ لأن عقد العارية ينقل منفعة

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: أشهب و (ش).

العين، والمنفعة ههنا التوثق ووفاء الدين؛ فيضمن الدين. واشترط (ش) علم المعير بقدر الدين، وجنسه، ومحله؛ لامتناع ضمان المجهول عنده.

قال فى الجواهر: فلو فضلت من الدين فضلة بعد قضاء السلطان بالبيع والوفاء، فأوقفها، فضاعت: فمن ربها؟ وليس على المستعير إلا ما قضى عنه.

فلو هلك فى يد المرتهن، لا يتبع المعير المستعير بقيمته، إن كان مما يغاب عليه؛ لأنه تحت يد غيره، وقاص المستعير المرتهن كما لو كان له، وإن كان مما لا يغاب عليه، فلا قيمة على المرتهن، ولا على المستعير.

ولو أعرته عبدًا ليرهنه فى دراهم، فرهنه فى طعام: فهو ضامن له؛ لتعديه.

وقال أشهب: لا ضمان عليه، ويكون هنا فى عدد الدراهم التى رهن بها ربه؛ تمسكًا بأصل الإذن وعمومه، وإن تعذر خصوصه.

وفى الكتاب: لو كان عبدا، فأعتقه المعير، وأنت ملىء بعد العتق - عجلت الدين لربه، إلا أن تكون قيمته أقل من الدين؛ فلا يلزمك إلا تعجيل قيمته، ويرجع عليك المعير بذلك بعد أجل الدين لا قبله.

قال ابن يونس: عن مالك: إذا بيعت العارية، يتبعه بقيمتها. وقول مالك فى الكتاب: ضمنت قيمتها - يريد: وكذلك يلزم المرتهن. وإنما يضمن إذا رهن فى عين المستعار له إذا أقر له المستعير بذلك، وخالفهما المرتهن، وامتنع المعير من الحلف؛ فيكون رهنه رهنًا فيما أقر به، فإن نكل ضمن بتعديه.

وقوله فى العتق، خالفه أشهب، وقال: يحلف المعير: ما أعتقه ليؤدى الدين، ويبقى رهنه حتى يقبض من ثمنه إن بيع، أو يفى فينفذ العتق. فإن نكل لزمه الأقل من قيمته أو الدين، ونفذ العتق، ولم يره مثل الذى عليه الدين نفسه يعتق عبده بعد رهنه؛ بل مثل من أعتق بعد الجناية، والفرق: أنها أخرجته من ملك ربه، إلا أن يفديه، والعارية باقية على ملك ربها.

فرع: فى الجلاب: إذا اشترط أن المبيع رهن بالثمن لأجله جاز، إلا فى الحيوان؛ لأنه بيع[1] بتأخر قبضه، والحيوان سريع التغير. قال الأبهرى: ومتى كان الأجل تتغير فى مثله السلعة، امتنع للغرر، وبيع معين يتأخر قبضه، ويجوز فى

---

(١) فى ط: مبيع.

الحيوان ثلاثة أيام؛ للأمن عليه غالبًا فى ذلك.

فرع: فى البيان:

لك أذهاب لآجال مختلفة، فبعته على أن يرهن بالثمن والأذهاب، ويتحد أجلها - يمتنع؛ لأنه بيع وسلف؛ لأنه إن شرط الحلول أو أقرب الآجال فالمبتاع المسلف، أو أبعدهما ومؤخرة كلها فالسلف من البائع، ولو بقاها على آجالها. وكذلك يمتنع إن دفعت له شيئًا أو أسقطت عنه بعض الدين ليرهن؛ لأنك فى البيع أسقطت بعض الثمن لأجل الرهن، وعن مالك: جميع ذلك جائز، وهو الأظهر.

فرع: قال اللخمى: ابتاع على أن يترك المبيع رهنًا بثمنه إلى أجل الثمن، امتنع، وإن جعله بيد أجنبى جاز؛ لأنه اشترى شيئًا لا يدرى متى يقبضه، ولعله يطول مدة طويلة.

وجوزه ابن حبيب فى العقار أن يبقى بيد البائع، بخلاف العبد، إلا أن يوضع على يد أجنبى:

فأجازه ابن الجلاب فى غير الحيوان، ولم يراع من يوضع على يده، وأجازه ابن القصار مطلقًا؛ كما لو رهنه غير مبيع.

فرع: فى الكتاب: إذا رهنت[1] عبده ميمونًا، ففارقته قبل قبضه، لك أخذه ما لم يقم الغرماء فتكون أسوتهم، فإن باعه قبل القبض مضى البيع، وليس لك مطالبته برهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كبيعك إياه، وبيعك إياه ماض، بخلاف لو شرطت رهنًا غير معين، فلم يجزه لك نقض بيعك، وتركه بغير رهن، وهذا إذا سلمت السلعة المبيعة.

فإن لم تدفعها، فباع المشترى الرهن قبل القبض: لا يلزمك تسليمها إلا برهن، وسواء تراخيت فى القبض أم لا، ولم يختلفوا إذا دبره قبل القبض: أنه لا تكون الخدمة رهنًا؛ لأنها غلة.

قال أشهب: سواء اشترط رهنًا، أو حميلا، يجبر على الإتيان به، إلا أن يعجز.

قال ابن القاسم: وإن اشترط عبدًا غائبًا جاز، ويوقف المبيع حتى يقدم العبد، فإن هلك لم يكن للراهن الإتيان برهن مكانه إلا برضا البائع.

---

(١) فى ط: أرهنت.

قال أشهب: إن بعدت الغيبة امتنع البيع، إلا أن يكون الرهن عقارًا، أويقبض المبيع؛ لأن البعد فى بيع العقار لا يصح، وجوز فى العبد اليومين.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا استحق المعين، واتهم أنه غرَّه: حلف أنه ما علم بذلك، وإن قامت بعلمه بينة فعليه البدل.

قال اللخمى: قال مالك: إذا استحق بعض الثياب الرهن، فالباقى رهن بجميع الحق؛ لأن الرهن تعلق الحق به، وبأجزائه بطريق الأولى؛ لشدة الحاجة حينئذ للتوثق، فإن ضاع فى يد المرتهن ضمن نصفه للراهن، وإن وضعه على يد المستحق أو غيره، لم يضمن؛ لعدم يده عليه.

ولو غاب الراهن، وقال المستحق: يكون على يدى، أو على يد فلان - لم يكن للمرتهن ذلك دون نظر الحاكم، وإن ادعى المرتهن ضياعه قبل الاستحقاق ضمن نصيب الراهن، وضمنه ابن القاسم نصيب المستحق، وقيل: يحلف: لقد ضاع، ويبرأ.

قال مالك: فإن قال المستحق: أنا أبيع نصيبى، فليبع الراهن والمرتهن معه، ولا يسلم المرتهن الرهن فيكون ثمنه رهنًا فى يده بجميع حقه.

وقال أشهب: إن بيع قبل الدين يعجل ذلك الثمن من دينه؛ لعدم انتفاع الراهن بإيقافه، إلا أن يأتى الراهن برهن آخر، أو يقول: آتى به فى المستقبل، أو يكون الدين مخالفًا لما بيع فلا يعجل.

فرع: فى الكتاب: يجوز رهن جلود السباع المذكاة، وبيعها، دبغت أم لا؛ لذهاب الفضلات المستقذرة الموجبة للنجاسة، ومنع البيع بالذكاة. وتمنع جلود الميتة، وبيعها؛ لما فى الصحيح: آخر ما كتب به - عليه السلام -: «أَنْ لَا يُنْتَفعَ مِنَ الْمَيْتَةِ بِشىء».

ويجوز ما لا يجوز بيعه فى وقت دون وقت، كزرع أو ثمر لم يبد صلاحه، فإن مات الراهن قبل أجل الدين، ولم يبد صلاح الزرع أو الثمر، فحل الدين الذى عليه - عجل من ماله، ويسلم الرهن لربه، وإن لم يدع مالا، انتظر وقت جواز بيع الزرع فيؤخذ منه.

قال ابن يونس فى كتاب الصلح: جواز ارتهان الغلات بخلاف الأجنة. قال محمد: يجوز البعير الشارد، والعبد الآبق، إن قبضه قبل موت صاحبه، أو فلسه،

خلافًا لـ (ش) ؛ لأن الثمن بإزاء المبيع، والرهن لم يبدل به ثمن، فلا يضر الغرر فيه؛ لعدم إخلاله بالمالية الذى هو علة المنع.

وفى مورد النص، قال ابن يونس: يجوز ارتهان ما تلد هذه الجارية، أو هذه الغنم. وجوز أحمد بن ميسر الأجنة كالآبق، وكرهه ابتداء.

قال اللخمى: الأعيان خمسة أقسام:

ما يجوز بيعه وملكه، فيجوز رهنه مطلقًا، شرط فى أصل العقد أم لا.

وما يجوز ملكه، ويمتنع بيعه لعذر فى بعض الأحوال؛ كالثمر قبل بدو صلاحه، والآبق، والشارد، والجنين، فيجوز رهنه فى أصل القرض وبعد تقرره فى الذمة، وفى البيع بعد العقد، واختلف فيه فى أصل العقد.

وما يجوز ملكه، ويمتنع بيعه لا لعذر: كأم الولد، وجلود الميتة قبل الدباغ، وعظام الفيل.

وما لا يملك: كالخمر، والسم ونحوهما، فهذان لا يرهنان؛ لامتناع البيع عند الحاجة.

وما اختلف فى جواز بيعه: كجلود الميتة بعد الدباغ، وجلود السباع قبل الدباغ، وبعده، والكلب المأذون فيه. فمن جوز بيعها جوز رهنها ومن لا فلا.

وإن رهن خدمة المدبر مدة معلومة يجوز بيعها ليؤاجر المرتهن تلك المدة، جاز فى عقد البيع أو بعده، أو جميع خدمته: جاز بعد العقد، واختلف إن رهن فى العقد.

وإن رهن رقبته على إن مات الراهن، ولا مال له بيع، وكان فى أصل العقد - فعلى الخلاف فى رهن الغرر؛ لأنه لا يباع له الآن، ولا يدرى متى يموت السيد، وهل يبقى المدبر أم لا؟ وإن رهن رقبته ليباع الآن، امتنع، ويختلف: هل يعود حقه فى الخدمة وتباع له وقتًا بعد وقت حسب ما يجوز من بيعها؟ وقد اختلف فيمن رهن دارًا، ثم أظهر أنها حبس:

فقيل: لا شىء له من غلتها؛ لأنه إنما رهنه الرقبة.

وقيل: يكون له ما يصح للراهن ملكه، وهو المنافع المحبسة عليه، وكذلك المدبر.

واختلف فى رهن الغرر، والجهالة، إلى أجل غير محقق فى عقد البيع: فمنع؛

لأن له حصة من الثمن.

وأجيز؛ لخروج ذلك عن أركان العقد. ويجرى ثالث: أنه إن رضى البائع بإسقاطها جاز.

فرع: قال: إن رهنه على أنه إن مضت سنة خرج من الرهن، لا يكون رهنًا.

قال ابن يونس: قال محمد: و [لا][١] يختص به الراهن دون الغرماء؛ لفساده بالشرط المخالف لعقد الرهن.

الركن الثالث -: المرهون به

وفى الجواهر: له شرطان:

الأول: أن يكون دينًا فى الذمة يمكن استيفاؤه من الرهن؛ فلا يرهن فى عين مشار إليها، ولا منافع معينة. وحيث وقع فى المذهب فى معين، فالمراد: قيمته، كما وقع فى العارية، ففصل ما يغاب عليه مما لا يغاب عليه فضمان القيمة فيما يغاب عليه، دون ما لا يغاب عليه.

الشرط الثانى: اللزوم، أو المصير إليه، كالجعل بعد العمل.

وقال (ش): يجوز فى كل ذى لازم دون المجهول، ودية العاقلة قبل حلول[٢] الحول؛ لعدم تحقق صفات من تجب عليه عند الحلول[٣] من الغنى وغيره، ودون القصاص والقذف؛ لتعذر أخذها من الرهن، ودين الكتابة، خلافًا لـ (ح) ؛ لأن عوض دين الكتابة: الرقبة، وعمل الإجارة لتوقع الفسخ، ولا قبل عقد البيع، بل إنما يجوز مع المقارنة، خلافًا لنا و (ح) ؛ لأنه تابع للدين عنده فلا يكون قبله كالخيار، والأجل، ومنعه فى الأعيان كالمغصوب، والمسروق، والعارية، ونحوها؛ لأن الواجب القيمة عند التلف، فهو رهن قبل الحق، وجوزه (ح).

وفى التلقين: يصح قبل الحق وبعده، ومعه، ووافقنا فى أنه إذا وقع القبض لزم وصار رهنًا بذلك الشرط المتقدم، وقبل القبض لا يكون رهنًا؛ لأن قبل القبض لا يتحقق رهن عنده[٤] ولا عند ش؛ لأنه لا ينعقد بالقول عندهما، خلافًا لنا.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: حول.
(٣) فى ط: الحول.
(٤) فى أ: غيره.

وعند (ش): اتصال القبض بما اشترط قبل العقد، لا يصيره رهنًا؛ لفساد الأصل عنده.

فالحاصل أن أبا حنيفة موافق لنا فى هذه المسألة، إنما خالفنا فى انعقاد الرهن بالقول: فعندنا يلزم التسليم فى هذه الصورة كلها، ويقضى به، وعندهما لا.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولم يفرق، لا يقال: تقدم فى صدر الآية: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ فما صرح بمشروعية الرهن إلا بعد تحقق الدين؛ لأنا نقول: وقد صرح بالسفر وعدم الكاتب، وقد سقطا عن الاعتبار؛ فيسقط اعتبار تقدم الدين بالقياس عليهما، والجامع أن الكل خرج مخرج الغالب؛ فإن الغالب وقوعه بعد الدين؛ فلا يكون له مفهوم إجماعًا، ويتأكد بقوله - عليه السلام -: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

فإن قيل: يصح «إن طلعت الشمس فأنت طالق»، ولا يصح: إن طلعت الشمس فقد رهنتك. فعلمنا أن اختلاف الناس فى قبول التعليق.

قلنا: لا يقبل الطلاق عندنا هذا التعليق، بل يتنجز الطلاق.

وقال ابن القصار - من أصحابنا: مقتضى أصولنا صحة التعليق المذكور فى الرهن؛ فلا شىء مما ذكرتموه، أو نقول: عقد فيلزم مع تعليقه على الشرط كالعتق، والطلاق، وغيرهما، ولأن مقصود الرهن استيفاء الحق عند تعذره، وتعذره مستقبل فيتعلق على مستقبل آخر، وهو أصل المعاملة؛ إلحاقًا لأحد المستقبلين بالآخر. أو نقول: لو قال: ألق متاعك فى البحر وعلىَّ دركه، وإن جاء متاعى غدًا فاقبضه - صح إجماعًا مع التعليق على أمر مستقبل اتفاقًا.

فيجوز ههنا كما صح فى ضمان الدرك أولا، وفى الوديعة ثانيًا. أو قياسًا على ما إذا شرطه فى زمن الخيار، أو قياسًا على ما إذا ضمن نفقة زوجة ابنه عشر سنين.

واحتجوا بالقياس على تقدم[1] الشهادة على المشهود به بجامع التبعية.

والجواب: أن مقصود الشهادة المشاهدة وحصول العلم، وهو متعذر قبل المشهود به، ومقصود الرهن التوثق، وهو حاصل إذا تقدم الحق، وينتقض بضمان الدرك المتقدم، وبالوديعة، والطلاق، والعتاق، وغيرها.

---

(١) فى ط: ما تقدم.

فرع: فى الكتاب: يجوز فى دم الخطأ، إن علم الراهن أن الدية على العاقلة، ولو ظن أن ذلك يلزمه وحده امتنع، وله رد الرهن، وكذلك الكفالة؛ لأنه خلاف ما رضى به.

فرع: قال: إن ارتهنت دابة على أنها مضمونة عليك، لم تضمنها؛ لأنها لا يغاب عليها، وإن رهنته بها رهنًا لم يجز، وإن ضاع ضمنه؛ لأنه لم يأخذه على الأمانة، ويجوز بالعارية التى يغاب عليها؛ لأنها مضمونة.

فرع: قال: إن ادعيت دينًا، فأعطاك به رهنًا يغاب عليه، فضاع عندك، ثم تصادقتما على بطلان دعواك، أو أنه قضاك – ضمنت الرهن؛ لأنك لم تأخذه على الأمانة به، وكذلك لو أعطاه دنانير حتى يصارفه بها فضاعت، وكذلك ما عمله الصناع بغير أجر أو قبض المرتهن أو وهبه للراهن، ثم ضاع الرهن: ضمنه. وإن زادت قيمته على الدين، أو وقع فى الصرف رهن بأحد النقدين جهلا، أو أخذ رهنًا بالقراض؛ لأن ذلك كله ممنوع، فلم يؤخذ على الأمانة، بخلاف إعطائك رهنًا له بكل ما أقرض فلانًا.

قال التونسى: قال أشهب: فى عارية الدابة – بشرط الضمان – يصح الرهن، وله الكراء، وكأنه آجره إياها على أنها إن هلكت ضمنه ما لا يلزمه؛ فهى كالإجارة الفاسدة، وقال: إذا تصادقتما على عدم الدين تضمن، وإن كان الرهن لا يغاب عليه؛ لأنه كالغاصب.

قال: فانظر لو كان قد نسى اقتضاء الدين، ثم تذكر بعد الرهن.

قال ابن يونس: قال أشهب فى رهن الصرف جهلا: هو رهن بالأقل من قيمة الدنانير، أو الدراهم، وما زاد فهو أسوة الغرماء.

ورهنتك[(١)] بما يقرض فلان. قيل: يكون الرهن بما داينته، ما لم يجاوز قيمة الرهن، ولا يراعى ما يشبه أن يداين به، بخلاف حمالتك بما يداينه؛ لأنك لما أعطيت رهنًا بينت له المقدار.

فرع: فى الكتاب: يجوز بجميع الصداق قبل البناء؛ لأن العقد يوجب الصداق كله. فإن طلق قبل البناء بقى الجميع رهنًا بالنصف؛ كمن قضى بعض الدين أو وهب له.

---

(١) فى ط: رهنك.

فرع: قال: يجوز أخذ دين على الرهن، ويصير رهنًا بهما.

ومنع (ح)، وأصح قولى (ش).

لنا: عموم الآية، وقد تقدم السؤال عليها.

والجواب: القياس على الحمالة، والشهادة بجامع التوثق.

فإن فرق بأن الشهادة علم، والعلم لا يجب حصر متعلقه، والكفالة ذمة، وهى قابلة لأمور كثيرة، والتعلق فى الرهن بعينه، وهو لا يقبل الزيادة على قيمته - فإنه ينتقض بالجناية التى لا تسع رقبة العبد غيرها، ثم إذا جنى جناية أخرى تعلقت برقبته. ولأن المقصود بالحقيقة إنما هو ذمة الراهن. ولأن الرهن يقبل النقصان ببقائه مرهونًا على بقية الحق بعد قضاء الأكثر؛ فيقبل الزيادة قياسًا على النقصان.

احتجوا بأن الرهن وجميع أجزائه تعلق به الحق، بدليل لو أوفى أكثر الحق بقى الرهن رهنًا ببقيته، ولو قل، ولو تلف أكثر الرهن بقيت بقيته مرهونة بجملة الحق، وإذا كان الرهن وأجزاؤه مشغولة بجملة الحق، استحال أن يشغله غيره. ولأنه عقد لا يجوز مع غير العاقد؛ فلا يجوز مع العاقد كالنكاح. ولأن الرهن تابع للحق؛ فلا يكون تابعًا بحق آخر كحق الدار من الطريق.

والجواب عن الأول: أنه منقوض بالعبد إذا جنى ثم جنى؛ فإنه يصير مشغولا بالجناية الثانية بعد أن أُشْغِل هو وأجزاؤه بالجناية الأولى.

وعن الثانى: الفرق: أن مقصود النكاح الإباحة وضبط النسب، ولا ضبط مع الشركة.

وعن الثالث: أنه مقلوب عليهم، فنقول: تابع أضعف من المتبوع؛ فيصير تابعًا لمتبوع آخر كما إذا تجدد حول الدار، دور أخر؛ فإن الطريق يصير حقًّا للجميع؛ فكذلك الرهن.

فرع: فى الكتاب: إن تكفلت عنه بحق، وأخذت منه رهنًا جاز؛ لأنه آيل إلى حق لك عليه.

فرع: قال ابن يونس: إذا رهنه فى البيع الفاسد رهنًا صحيحًا أو فاسدًا، فقبضه: فهو أحق به من الغرماء؛ لوقوع البيع عليه.

فرع: قال: قال محمد: إذا سألته تأخير دينه بعد الأجل شهرًا، وتعطيه رهنًا أو حميلا - امتنع وسقطت الحمالة، ويرد الرهن؛ لأنه سلف حرام.

فرع: فى الكتاب: لا يعطيك أجنبى رهنًا بكتابة مكاتبك؛ لامتناع الحمالة[(١)] بها.

فرع: قال: يجوز بدينين لكما مختلفين، إلا أن يكون أحدهما قرضًا، بشرط أن يبيع الآخر، ويأخذ رهنًا؛ لأنه سلف للنفع، ويجوز أن يقرضا معًا بشرط أن يرهنكما؛ لجواز أخذ الرهن ابتداء عن القرض.

فرع: قال: إذا أقرضته مائة أخرى على أن يرهنك بها وبالأولى، يمتنع، والرهن بالدين الأخير عند قيام الغرماء، ويسقط الشرط المتضمن للفساد، وقيل: بل نصفه بالمائة الأخيرة، وتبطل حصته الأخرى؛ كما لو طلق امرأته، وامرأة غيره.

وقد أجاز أشهب: أسقِطْ عنى بعض الدين على أن أعطيك رهنًا، أو أبيعك على أن ترهن بهذا الثمن وبثمن السلعة الأولى رهنًا، وكرهه ابن القاسم.

قال اللخمى: أجاز محمد: زدنى فى الأجل، وأزيدك رهنًا، إن كان الرهن الأول يوفى الحق.

قال ابن يونس: قال محمد: إن كان الدين الأول فى أصل[(٢)] المسألة حالا، جاز، إلا أن يكون عديمًا؛ لتمكنه من قبض الحال؛ فكأنه أسلفه الآن على أن أعطاه وثيقة.

نظائر: قال [العبدى][(٣)]: يجوز الرهن إلا فى أربع مسائل: الصرف، ورأس مال السلم، والدماء التى فيها القصاص، والحدود.

الركن الرابع - الصيغة:

وفى الجواهر: لا يتعين الإيجاب، والقبول. بل كل ما يشاركهما فى الدلالة وقال (ش): لا ينعقد إلا بالإيجاب، والقبول على الفور.

لنا: أن المقصود من العقود إنما هو الرضا فما دل عليه كفى [(٤)].

وفى هذا الركن أربعة فروع:

الأول: فى الجواهر: كل شرط يوافق مقتضى العقد، كقوله: بشرط أن يباع فى الدين أو يقبض، لا يقدح؛ لاستلزام العقد له عند السكوت عنه، وكذلك كل شرط

---

(١) فى ط: الحوالة.
(٢) فى أ: أصلة.
(٣) سقط فى ط.
(٤) زاد فى أ: للفظ ونحوه.

لا يتعلق به غرض؛ لعدم المنافاة، فأما ما يناقض، كقوله: بشرط عدم القبض، أو لا يباع – فهو مفسد.

الثانى: فى الجواهر: لو شرط أن ثمرة الشجر رهن، صح؛ لعدم المنافاة لمقتضى الرهن.

الثالث: فى الجواهر: لو شرط الرهن فى بيع فاسد، فظن لزوم ذلك – فله الرجوع؛ كما لو ظن أن عليه دينًا فوفاه، ثم تبين براءته.

الرابع: فى الجواهر: إذا رهنت أرضًا فيها نخل، اندرج، وبالعكس؛ قياسًا على البيع، والوصية، وقاله فى الكتاب، بخلاف الثمار مع الأشجار ارتهنت يوم أزهت أم لا أبرت أم لا، إلا بشرط، بخلاف الجنين يندرج، حصل يوم الرهن الحمل به أم لا.

* * *

الباب الثانى

فى القبض

وفى الجواهر: فى الأعيان المشار إليها؛ كالمنقول، والعقار، ما تقدم فى البيع، وفى الدين بتسليم ذكر الحق، والإشهاد، والجمع بين الغريمين، والجمع فقط إن لم يكن ذكر حق، وتقدم إليه بحضرة البينة، ألا يعطيه إياه حتى يصل إلى حقه المرتهن، وإن كان على المرتهن فهو قابض له، وأصله قوله - تعالى -: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] فشرط فى وصف كونه رهنًا: القبض؛ لأن الصفة قائمة مقام الشرط.

فرع: فى الجواهر: القبض ليس بشرط فى انعقاد الرهن وصحته، ولا فى لزومه، بل ينعقد، ويصح، ويلزم، ثم يطالب المرتهن بالإقباض ويجبر الراهن عليه، لكن يشترط فى استقرار الوثيقة؛ ليكون أولى من الغرماء فى الفلس والموت، كما يتأخر اللزوم فى بيع الخيار، وانتقال الضمان فى البيع حتى يقبض المبيع، ويصح التحمل فى الشهادة، وتتوقف ثمرتها على العدالة.

وقال (ش) و (ح): لا يلزم شىء بالعقد بل بالقبض، وله ألا يسلم قبل القبض.
وقال ابن حنبل: إن كان مكيلا أو موزونًا لزم بالعقد، وإلا فلا.

وقال (ش): العتق، والبيع، والرهن فى الرهن قبل القبض، يبطل الرهن، بخلاف تزويج الأمة. وإن أجر الدار مدة دون أجل الدين لا يبطل؛ لإمكان بيعها.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فجعل القبض صفة للرهن، والصفة غير الموصوف، وليست صفة لازمة، وإلا لما صح قوله: أرهنك هذا، ولم يسلمه إليه، وإذا كان الرهن يتحقق قبل القبض وجب الوفاء بالقبض؛ لقوله -تعالى -: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١].

ولقوله - عليه السلام -: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»
وقياسًا على سائر العقود.

احتجوا بأنه عقد إرفاق؛ فيشترط القبض فى لزومه كالقرض، ولا يلزم بمجرد القول حتى ينضاف إليه غيره؛ كالوصية لابد فيها من الموت.

والجواب عن الأول: المنع. بل القرض[1] يلزم بالقول.

---

(١) فى ط: القراض.

وعن الثانى: القلب، فنقول: لا يشترط فيه القبض، قياسًا على الوصية.

تفريع: فى الجواهر: لو تراخى فى طلب القبض حتى مات أو فلس، فهو أسوة الغرماء، بخلاف المجد فى الطلب إلى حينئذ ولو عجز؛ كالهبات. وظاهر الكتاب: هو كغير المجد؛ لإطلاقه القول من غير تفصيل، ولا يبطل الحوز بخروجه عن يده عليه، ولو وجد بعد الموت أو الفلس بيد أمين أو المرتهن:

قال عبد الملك: لا ينفع ذلك حتى تشهد البينة بحوزه قبل الموت أو الفلس؛ لاحتمال طريان القبض بعدهما.

وقال محمد: صوابه: لا ينفع إلا معاينة الحوز لهذا الارتهان، ولا تنفسخ عقدة الارتهان بموت أحدهما، ولا جنونهما، ولا الحجر عليهما.

قاعدة: كل ما كان مالا، أو متعلقًا بالمال: كالرهن والرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، وإمضاء الخيار - انتقل للوارث؛ لأنه يرث المال فيرث ما يتعلق به. وكل ما يرجع إلى النفس، والرأى والملاذ لا ينتقل للوارث؛ لأنه لا يرث النفس: كاللعان، والإيلاء، وخيار ما اشترط خياره؛ لأنه رأيه.

نظائر: قال ابن بشير: سبع عشرة مسألة لا تتم إلا بالقبض:

الرهن، والحبس، والصدقة، والهبة، والعمرى، والعطية، والنحل، والعرية، والمنحة، والهدية، والإسكان، والعارية، والإرفاق، والعدة، والإخدام، والصلة، والحباء(١).

فرع: فى الجواهر: يجوز الوضع على يد ثالث يتوكل، وليس له التسليم لأحدهما دون إذن الآخر. فإن فعل ضمن؛ لتعديه.

ولو تغير حاله لكان لكل واحد طلب التحويل إلى عدلٍ آخر؛ صونًا له عن الضياع. فإن اختلفا فى عدلين، قال ابن عبد الحكم: يجعله القاضى على يد عدل.

قال اللخمى: وليس بالبين. بل يقدم قول الراهن إذا دعا إلى ثقة؛ لأنه ماله فهو أنظر لنفسه. فإن قال أحدهما: عند عدل، وقال الآخر: عند المرتهن - قدم طالب العدل؛ لأنه أعدل، وأبعد عن التهم.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى حصة شريكه وسكن بطل حوز المرتهن، إن لم يقم

(١) فى أ: والإحباء

المرتهن بقبض حصة الراهن من الدار، ويقاسمه، ولا أمنع[١] الشريك من كراء نصيبه من الراهن؛ لأنه مطلق التصرف، ولكن تقسم الدار فيحوز المرتهن رهنه، ويكرى الشريك نصيبه.

قال التونسى: قال ابن القاسم: إذا ارتهن دارًا، فأكراها من رجل بإذن الراهن، فأكراها المكترى[٢] من الراهن - فإن كان المكترى من ناحية رب الدار فالكراء فاسد، وفسد الرهن. أو أجنبيًا: جاز؛ لأنه لما تقدم حوزه للرهن، ثم غلب على رده إلى يد صاحبه: لم ينتقض الحوز؛ كالعبد إذا أبق بعد الحوز وأخذه الراهن. واختلف فى رهن ما أكرى، هل تصح حيازته؟ ففى المدونة فى اشتراط الانتفاع بالرهن: أنه حوز، وهو مرتهن مكترى إلا أن ذلك فى عقد واحد، وإذا جوز الكراء والرهن فى عقد واحد، ويصح الحوز؛ فيصح ما تقدم الكراء الرهن.

كما أجاز ابن القاسم هبة ما تقدمت فيه الخدمة، وأجاز الإخدام، والهبة، والرقبة فى مرة[٣] واحدة وإن كان مالك فرق بينهما، ولا يتم حوز الصدقة عند ابن القاسم فيما تقدمت فيه الإجارة؛ لأن منافعه لما كان المتصدق يأخذ كراءها، فكانت يده باقية.

وعلى هذا يجب ألا يتم الرهن والإجارة فى مرة واحدة.

وفى كتاب محمد: إذا ساقى حائطًا ثم رهنه، فليجعل المرتهن مع المساقى رجلا، أو يجعلانه على يد رجل يرضيان به، فإن جعلاه على يد المساقى أو أجير له فى الحائط، فليس برهن.

وقال: ولا وجه لقوله: يجعل مع المساقى رجلا آخر؛ لبقاء يد المساقى. ويقضى بكونه للراهن؛ لعمل المساقى بجزئه الذى يأخذه.

وقال مالك: إذا اكترى دارا سنة، وأخذ حائطًا مساقاة، فرهنه قبل وفاء السنة - لا يكون محازًا؛ لحوزه قبل ذلك بالسقى، بخلاف ارتهان فضلة الرهن؛ لأن الفضلة محوزة عن صاحبها فلم يجز ههنا ما تقدم سقاء ولا كراء، بخلاف ما تقدم فيه رهن.

ومنعه أشهب، وهو الأشبه.

---

(١) فى ط: يمنع.
(٢) فى ط: المرتهن.
(٣) فى ط: مدة.

وجوز رهن نصف الدار، وهى له كلها، ويقوم بذلك المرتهن مع الراهن أو يضعانها على يد غيرهما، ما لم يكن الموضوع على يده فيما له، مثل عبده أو أجيره.

ولو رهن الجميع جاز وضعه على يد الآخر؛ لأن للمرتهن القيام بجميعه. وصار قيمه حائزًا للمرتهن، بخلاف العبد؛ لأن العبد يده يد السيد ويد القيم يد المرتهن، ما لم يبق للراهن فيه شىء، وإذا رهن النصف بقيت يد القيم على النصف للراهن؛ فهو كمن ارتهن نصف دار وبقيت يده مع المرتهن؛ لأن القيم ههنا حائز للمرتهن، بخلاف ما لو رهن دارا على أن يجعلاها على يد أجنبى؛ لزوال يد الراهن. وإذا وضع المرتهن الرهن عند ابن الراهن على يده، أو زوجته - والابن مباين له - لم يفسد الرهن، وكذلك الزوجة، بخلاف الابن الصغير.

واختلف إذا سلف من امرأته، ورهنها جارية له:

جعلها أصبغ حوزًا، وكل ما فى بيتها ما خلا رقبة الدار إذا ارتهنتها من زوجها، لم يكن ذلك حوزًا، وكذلك الصدقة، بخلاف صدقتها هى عليه بالدار فتسكن فيها معه؛ لأن عليه السكنى لها

وقال: وفيه نظر.

وفى الحقيقة: لا فرق بين الدار والخادم، وهو بيده، وجميع ما فى البيت من رهنه منهما لصاحبه، فذلك حوز، وعليه إخدامها كما عليه إسكانها.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا ارتهن نصف الدار[1]، فجعلها على يد شريك، ثم ارتهن نصيب الشريك، فجعله على يد الشريك الأول - بطل رهن جميع الدار؛ لرجوعها كما كانت بيد صاحبه لكل واحد نصيبه.

قال ابن القاسم: إذا رهنها خادمًا فى صداقها قبل البناء، فحازتها شهرًا، ثم بنى بها، فخدمتهما - خرجت من الرهن بخدمتهما.

قال ابن يونس: وكل أمر إذا ابتدئ فى الرهن لا يكون حوزًا، يخرج عن الحوز، ولا يبطل الحوز فى الهبة، والصدقة، والحبس إذا طال الحوز. والفرق: أن الرهن وثيقة فى الحق، فإذا عاد للراهن بطل حقه، ورجع الراهن لملكه وحوزه، والملك

---

(١) فى ط: دار.

منتقل فى أولئك؛ فلا يضر الرجوع كما لو رجعت بعد البيع.

وفى العتبية: إذا حزت سنة، ثم شهدت بينة أن غيرك ارتهنه قبلك وحازه، وقال: لم أعلم بيد الأول – قدمت حيازته، وما فضل لك دون الغرماء.

وعن مالك: إذا حزت الحائط تحت يد أمين، فأخذه ربه مساقاة من الأمين – ضعف الرهن، وكأنه لم يرهنه.

ويحوز مساقاته[١] من الذى له الدين، ولا يأخذه الأمين مساقاة إلا بإذنكما.

فرع: قال التونسى: لا ينفع إقرار المتراهنين بأن الرهن حيز حتى تعاين البينة حوزه؛ لاتهامهما على الغرماء، ولو وجد فى يد المرتهن بعد الفلس أو الموت ما نفع ذلك. وفيه خلاف.

قال عبد الملك: إذا مات الراهن، فأكراه المرتهن[٢] من بعض ورثته، ثم قام الغرماء – لاشىء للغرماء؛ لأنه لم يرجع للراهن.

قال محمد: صوابه: أن الابن لا ميراث له فيه؛ لاستغراق الدين التركة. وظاهر قول عبد الملك خلاف ذلك.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا مات الراهن، وقد أكريته بعد الحوز فى حياته من وارثه – لا يبطل الرهن؛ لأن الدين استغرقه فلا ميراث.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يقبض حتى مات الراهن، أو فلس فهو أسوة الغرماء فى الرهن.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: لا يوضع الرهن على يد ابن صاحب الرهن إذا كان فى عياله، ولا امرأته.

قال ابن القاسم: ويفسخ ذلك بخلاف الأخ، وكذلك امرأته البائنة عنه فى دارها، وحوزها. قال: عبد الراهن المأذون، وغيره حوز باطل.

فرع: فى المنتقى: إذا رهن بيتًا من دار، ونصفها مشاع؛ فالغلق على البيت حيازة له، ولنصف الدار، والكراء يشمل[٣] الجميع.

قال ابن حبيب: وهو يحتمل أن البيت معظم الرهن، أو هو مبنى على جواز

---

(١) فى ط: ما فاته.
(٢) فى أ: الراهن.
(٣) فى ط: يشتمل.

حيازة المشاع مع غير الراهن بأن يكون بقية الدار لغير الراهن، ولو حاز الدار وفيها طريق يمر فيها الراهن وغيره؛ لأن الطريق حق للناس كلهم. قاله ابن القاسم، فراعى البيوت دون الساحة، ويحتمل الوجهين المتقدمين.

فرع: فى البيان: قال ابن القاسم: إذا قال لك رجل - فى عبد ارتهنته: أنا آخذه عندى وأضمنه من كل شىء إلا الموت، وأعطيك حقك عند الأجل، فأخره الحميل عند الراهن، ولم يقبضه - فليس للحميل بيعه عند الأجل، لبطلانه بعد الحوز، ويغرم الحميل الدين ويرجع به، ولو أخر العبد أيامًا فله القيام بأخذه؛ لأنه يُعذَر بشغل يمنعه من الحوز. أما إذا طال حتى حل الأجل، فلا.

فرع: فى الجلاب: إذا اشترط رهنًا غير معين فامتنع الراهن من الإقباض - خير البائع بين إمضاء البيع وفسخه، وقاله (ش) ؛ لفوات ما رضى لأجله.

وفى شرح الجلاب: يعطى فى غير المعين الدور والثياب والحلى لصدق المسمى، ولا يلزم العبد والدابة، للمشقة فى الكلفة، ومتى تنازعا فيما يغاب عليه، أو ما لا يغاب عليه لزم القبول لصدق المسمى.

فرع: قال البصرى فى تعليقه: لو رهنه دارين فأقبضه إحداهما، كانت رهنًا بجميع الحق. وقاله (ش).

وقال (ح): بنصف الحق؛ قياسًا على قبض البيع.

والفرق أن الرهن يتعلق به وبكل جزء منه؛ لمناسبة التوثق لذلك المقصود، ومقصود البيع المالية، ونسبتها فى التوزيع؛ بدليل: لو وفاه الحق إلا درهمًا بقى الرهن رهنًا به.

لنا[1]: القياس على الضامنين يموت أحدهما، فله مطالبة الحى بجميع الحق.

فرع: فى الجلاب: إذا رهن نصيبه ليس له استئجار نصيب شريكه من الدار إلا بعد القسمة؛ ليتحقق الحوز.

فرع: فى البيان: إذا قال لك رجل: قد حزت الرهن لك فعامله فدفعت بقوله - قال مالك: ضمن قيمة ما أردت أن يكون رهنًا؛ لغروره لك بعدم الحوز.

فرع: قال صاحب المنتقى: إذا وقع ما يبطل الحيازة فللمرتهن القيام برد ذلك.

(١) فى أ: ولنا.

قال أشهب: إلا أن يفوت بحبس أو عتق، أو تدبير أو غيره، أو قيام غرماء.

وقال ابن القاسم: إلا فى العارية غير المؤجلة؛ فليس له الارتجاع إلا أن يعيره على ذلك، أما المؤجلة فله أخذها بعد الأجل كالإجارة.

وعن ابن القاسم: تبطل بالإجارة إذا علم بها، وترك الفسخ.

وعند أشهب: لا يشترط القبض على الفور؛ كما لو تركه عند الراهن ثم قام بقبضه[١].

وعند ابن القاسم: هو حق الراهن فإذا رده وترك حقه فلا رجوع. ومتى فات بالعتق أو حبس ونحوه أو بحوزه[٢] - والراهن معدم - رد؛ لعدمه، ولا يرد البيع ولا يعجل من ثمنه الدين.

ولا يوضع له الثمن؛ لأنه قد رده، كما لو باعه قبل حيازة المرتهن.

* * *

(١) فى ط: يقبضه.

(٢) فى ط: يحوزه.

الباب الثالث

فى حكم المرتهن بعد القبض

قال فى الكتاب: إذا ارتهن نصف ثوب، فهلك الثوب عنده - لم يضمن إلا نصفه؛ كالمعطى لغريمه دينارا ليستوفى منه نصف دينار له عليه ويرد الباقى، فزعم أنه ضاع: ضمن النصف، وهو أمين فى الباقى، ولا يحلف إلا أن يتهم.

فرع: قال: إذا استحق نصف الدار، أو الدابة، أو الثوب، من يد المرتهن، فباقيه رهن بجميع الحق؛ لتناول عقد الرهنِ الرهنَ وأجزاءه؛ كتناول الإيداع والغصب، والعارية الجملة، والأجزاء، وإن أراد المستحق البيع باع الراهن والمرتهن معه، ولا يسلم المرتهن الرهن، لكن يباع وهو بيده فتصير حصة الراهن من الثمن رهنًا بيد المرتهن، بجميع الحق، أو بيد من كان الرهن على يده.

ولو ترك المستحق حصته بيد المرتهن، وهو ثوب ثم ضاع، لم يضمن المرتهن إلا نصف قيمته؛ لأنه أمين للمستحق، ولو وضع الراهن والمرتهن الرهن على يد المستحق، أو غيره، فضاع - لم يضمن؛ لخروجه من يده، وبقى دينه بحاله على الراهن.

قال اللخمى: يراعى فى استحقاق الرهن، هل مضمون، أو معين؟ وهل المستحق قبل القبض، أو بعده؟ وهل [غَرّ الراهن المرتهن][1] أم لا؟ فغير المعين: إذا أتى الراهن برهن ورضى المرتهن به فلم يقبضه حتى استحق، أجبر الراهن على أن يأتى بغيره.

وإن استحق بعد القبض، فعليه إخلافه عند سحنون؛ كموته.

وقيل: لا؛ كالبيع

والأول أصوب؛ لأن للمرتهن رهنًا فى الذمة.

والغرر فى المضمون وغيره سواء، فإن كان معينًا، واستحق قبل القبض:

فقال ابن القاسم: يخير البائع فى سلعته، فى إمضائها بغير رهن، وردها إن كانت قائمة، أو يأخذ قيمتها فائتة، سواء أتى برهن آخر أم لا؟.

---

(١) فى ط: غير االمرتهن.

وقال عبد الملك: إن تطوع برهن، أجبر على قبوله، وإلا خير على سلعته وعلى قول مالك: لا مقال له فى سلعته، ولا قيمتها إن فاتت، ولا رهن، ولا غيره؛ لقوله: إن تعدى الراهن فباع قبل القبض لا مقال للمرتهن، وإذا سقط مقاله فى البيع، فأولى فى الاستحقاق.

وإن استحق بعد القبض، فلا مقال له إذا لم يغره[1]، وإلا استوى قبل وبعد واختلف فى ذلك:

فقال ابن القاسم: لا يجبر الراهن على خلف، وللمرتهن مقال فى إمضاء سلعته وردها. وألزمه عبد الملك الخلف. وخيره محمد.

فإن أخلف أجبر الآخر على القبول، وإن لم يخلف عاد مقاله فى سلعته، وألزمه سحنون تعجيل الحق.

ورأى: أن استحقاقه قبل القبض وبعده سواء، والاستحقاق قبل القبض مخالف للموت؛ لأن الموت طرأ بعد صحته، والاستحقاق نقصٌ له من أصله، ومتى غره، خير بين إجباره على مثله أو يكون مقاله فى سلعته؛ كما تقدم.

واختلف فيما يفيت السلعة، فالمشهور: حوالة الأسواق.

وقال محمد: لا يفيتها إلا العيوب المفسدة، ويلزمه إن باع سلعته بسلعة فاستحقت إحداهما ألا يفيت الأخرى إلا العيوب، وليس المرتهن أقوى من المشترى، وقد تقدم بعض فروع الاستحقاق.

فرع: فى الكتاب: ما وقع على يد عدل فضمانه من الراهن، وما قبضه المرتهن مما لا يغاب عليه من رَبْعٍ أو حيوان لا يضمنه المرتهن، ويصدق فى هلاكه وعطبه وإباقه، أو حدوث عيب.

وما يغاب عليه يضمنه بالقبض، إلا أن تقوم بينة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله - تعالى - أو بتعدى أجنبى، فذلك من الراهن، وله طلب المتعدى بالقيمة؛ ومتى أتى الراهن برهنٍ ثقة، أخذ القيمة، وإلا جعلت القيمة رهنًا. فى التنبيهات: قال ابن أبى زمنين: يحلف فيما يغاب عليه: لقد ضاع بغير دلسةٍ دلسها فيه، وما يعلم موضعه منذ ضاع.

---

(١) فى ط: يغيره.

ووجه يمينه مع ضمانه، فإن كان الغرم [برر][١] اليمين اتهامه على الرغبة فيه، وعليه حمل بعض شيوخنا المدونة.

وقال العتبى: لا يمين عليه؛ لأنه يضمن، فلا يجمع بين الغرم والحلف؛ كالديون، إلا أن يقول الراهن: أخبرنى صادق بكذبه، وأنه عنده.

وما لا يغاب عليه: فقيل: يحلف على كل حال، بخلاف المودع المختلف فيه.

وقيل: كالمودع تجرى فيه الأقوال الثلاثة المعلومة.

وقيل: يحلف - إن كان غير متهم -: ما فرطت، ولا ضيعت، ويزيد المتهم: لقد ضاع.

قال صاحب النكت: يحلف فيما لا يغاب عليه إذا لم يعلم إلا بقوله، اتهم أم لا وكذلك عارية ما لا يغاب عليه، وبيع الخيار، وضياع المساجد[٢] لأن هذه الأشياء إنما أخذها لمنفعة نفسه، بخلاف الوديعة؛ المنفعة لغيره.

ولا يشكل عدم تحليف عامل القراض فى دعوى الضياع، إلا أن يكون متهمًا، وإن قبض لمنفعة نفسه؛ لأن منفعته غير متيقنة؛ لتوقع عدم الربح، ورأس المال الذى يرده [لا][٣] منفعة له فيه.

قال ابن يونس: قوله - عليه السلام -: «لا يغلق الرهن»:

قال مالك فى الموطأ: معناه: إن لم أقضك إلى الأجل، فالرهن لك بما فيه وفى الموازية: إن ضاع ما يغاب عليه، ولم تعلم صفته، ولا قيمته، لا بقول الراهن، ولا بقول المرتهن، ولا غيرهما - فلا طلب لأحدهما على الآخر؛ لأنه قد يرهن فى قيمته، أو أقل، أو أكثر.

فالعدل حمله على قيمته؛ لأنه الوسط.

والقياس: جعل قيمته من أدنى الرهون؛ لأن الأصل: براءة الذمة، وقاله أشهب.

قال أصبغ: إن جهل المرتهن، صفته، ووصفه الراهن، حلف، فإن نكل بطل حقه، وكان للراهن بما[٤] فيه. فلو شرط عدم ضمان ما يغاب عليه، بطل، لمنافاته

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: المشايد.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: لما.

لمقتضى العقد؛ كما لو شرط الضمان في الوديعة، وفي النكاح عدم الوطء، وجوزه أشهب في العارية؛ لقوله - عليه السلام -: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»

فإن شهدت البينة بهلاك ما يغاب عليه، لا يضمن عند ابن القاسم؛ لظهور البراءة، ويضمن عند مالك، وأشهب، وكذلك العارية؛ لقوله - عليه السلام - في سلاح صفوان: «عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»(١) أو لا بدَّ من أدائها، وإن شهد بهلاكها، ولو شرط عدم ضمانه نفعه.

قاعدة:

أسباب الضمان ثلاثة:

الإتلاف؛ كحرق الثوب.

والسبب للإتلاف؛ كحفر البئر فيقع فيها ما يهلك.

أو وضع اليد غير المؤمنة؛ كيد الغاصب، أو القابض المبيع الفاسد. فتضمين الرهن اختلف في يمينه:

فقيل: وضع اليد؛ لظاهر نص صفوان، فلا يسقط الضمان بقيام البينة، كالغاصب يقيم بينة.

وقيل: اتهامه في الإتلاف، فتزول التهمة بالبينة.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وإنما يضمن قيمة ما ضاع وقت ضياعه، لا وقت ارتهن؛ لأن يده غير يد ضمان.

قال اللخمي: يضمن كل ما يغاب عليه أو لا يستقل بنفسه.

وغير المضمون أربعة:

الأول: ما يغاب عليه، ودخل على ألا يغاب(٢) عليه، ويبقى في موضعه كثمار رءوس النخيل والشجر، والزرع القائم، وما هو في الجرين، والأندرِ؛ لغيبة المرتهن عنه في الليل والنهار. والثاني: ما يغاب عليه وهو مستقل بنفسه؛ كالحيوان على اختلافه نحو: الفرس، والطير، ويلزم على القول بضمان عارية الحيوان ضمان الرهن.

قال: وأرى: ضمان ما يستخف ذبحه وأكله.

---

(١) تقدم.

(٢) في ط: يغيب.

والثالث: ما يبان به، ولا يغاب عليه؛ كالسفن ترهن في ساحل البحر صغيرها وكبيرها، وكذلك آلتها، من الصاري، والمرجل، والمرى، إذا دخل على بقائها في موضعها على الساحل، أو غيره، كالطعام في المخزن، وكذلك أعدال الكتان في قاعات الفنادق.

فإن كان طعامًا، وزيتًا مخزونًا في دار الراهن، ومفتاحه بيده، أو طابعه عليه، فهو في ضمان الراهن، وكذلك إن كان في دار غيره، أو في مخزن في الفندق، لم يضمنه، وإن كان مفتاحه بيده، إلا أن يعلم أنه كان يتصرف إليه، فينظر: هل أخذ مثل ذلك ممكن في تكرره إليه أم لا؟ وإن كان في مخزن المرتهن، لم يصدق في ضياعه.

والرابع: ما لا يبان به. وهو العقار على اختلاف أنواعه، فإن فقد شيء من آلة الدار، صدق في أنه لم يخن.

نظائر:

قال اللخمي: واختلف في خمس مسائل:

في سقوط الضمان، وقيام البينة، وشرط عدم الضمان، أو اشترط الراهن الضمان فيما لا يغاب عليه، فأسقطه ابن القاسم، وضمان ما أصاب الرهن، من سوس أو قرض فأر أو حرق نار، فأسقطه مالك في سوس السجة.

قال: ويحلف: ما أضعت ولا أردت فسادا، وإن أغفله، ولم ينفضه، ضمنه ابن القاسم.

ورأى: أن عليه نفضه.

قال: والقياس: عدم الضمان؛ لأن النفض لم يقتضه عقد الرهن إلا أن تكون عادة، وأما الخشب ونحوه، فضمانه من الراهن؛ لأن سوسه لا من عدم التفقد.

تمهيد:

قال (ح): يضمن مطلقًا، مما يغاب عليه أم لا، قامت بينة أم لا، هلك بيد المرتهن، أو وضعوه على يد عدل، ويضمن الأقل من قيمته، أو الدين ونقض أصله بقوله: ولد المرهونة المتجدد بعد الرهن مرهون، وهو غير مضمون.

وبقوله: الرهن في ضمان الدرك لا يضمن.

وبقوله: الرهن بأجرة النائحة غير مضمون.

وبقوله: لو رهن من غاصب لم يعلم به، لم يضمن.

ونقض هذه النقوض بقوله: المقبوض على حكم الرهن الفاسد مضمون؛ كما لو قبض رهنًا بدين مجهول على أصله.

وقال (ش): لا يضمن ما يخفى ولا ما لا يخفى قامت بينة أم لا، فى يد المرتهن أم لا؛ وجعله أمانة مطلقًا، إلا فى دعوى الرد.

ومنشأ الخلاف بينهما: أنه عند (ش): توثيق محض، وعند (ح) توثيق وتعليق للدين بالرهن، ولما فرق أصحابنا بين ما يغاب عليه وغيره، كان عسيرًا لقياس الشافعية ما يغاب على غيره، وقياس الحنفية على العكس فتعين الاستدلال.

ولنا على (ش): قوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»[1] وعلى ظاهره فى اللزوم خص بما أجمعنا على عدم الضمان فيه، فيبقى حجة فى صورة النزاع.

وقوله: «حَتى تُؤَدِّيه[2]» أى: عينه، إن وجد، وإلا فالقيمة تقوم مقامه، ولذلك سميت قيمة، وإلا فالمضمون لا يرد؛ إذ المردود غير مضمون.

مع أن هذا الحديث ضعفه الدارقطنى، ومعارض بقوله - عليه السلام -: «الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[3] فيدل على عدم الضمان على المرتهن بقوله «مِنْ رَاهِنِهِ»، والمفهوم من ذلك، أى: من ضمانه، وبقوله: عَلَيْهِ غُرْمُهُ، وهو عام فى

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) فى البيوع: باب فى تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذى (٣/ ٥٦٦) فى االبيوع: باب ما جاء فى أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٨٠٢) فى الصدقات: باب العارية (٢٤٠٠)، وأحمد فى المسند (٥/ ٨)، والدارمى فى السنن (٢/ ٢٦٤) فى البيوع: باب فى العارية مؤداة. والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٧) فى البيوع: باب لا يجوز لامرأة فى مالها. وقال صحيح الإسناد على شرط البخارى، وأقره الذهبى. وأخرجه البيهقى (٦/ ٩٠) فى العارية: باب العارية مضمونة، والطبرانى فى الكبير (٧/ ٢٥٢)، وابن أبى شيبة (٦/ ١٤٦)، وابن الجارود فى المنتقى (١٠٢٤)، وقال الحاكم فى تحريمه له: صحيح على شرط البخارى ونازعه ابن دقيق العيد. ورده ابن حزم بأن قال: الحسن لم يسمع من سمرة. وهو أحد مذاهب ثلاثة فيه، ورأى البخارى وجماعة أنه سمع منه مطلقًا.

(٢) فى ط: تَرُدَّهُ.

(٣) أخرجه ابن حبان فى صحيحه (٥٩٣٤)، والدارقطنى (٣/ ٣٢)، والحاكم (٢/ ٥١). والبيهقى فى السنن (٦/ ٣٩) من حديث أبى هريرة بلفظ: (لا يغلق الرهن، له غنمه وعليه غرمه).

ذاته وأجزائه.

ويمكن الجواب بأن المراد بالغرم: النفقة؛ لكونه جعل قبالة الغلة؛ إذ قبالة العدم الوجود، وقبالة الغلة النفقة، وهو ظاهر؛ لأن الغرم لا يصدق على الهلاك، وكذلك قوله: «مِنْهُ» أي: كلفته مأخوذة منه، أو معناه: من ملك الراهن؛ حذرا من قولهم: إنه انتقل لملك المرتهن بالدين. فنفى عليه السلام: ويفسره قوله - عليه السلام -: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»(١).

ويظهر بمجموع الحديثين مذهبنا، فنحمل أحدهما على ما يغاب عليه، والآخر على ما لا يغاب عليه فيكون قولنا أولى.

ويتأكد هذا الجمع بأن خلافه خلاف الإجماع، فيتعين؛ لأن كل من قال بالجمع قال به ولأن المقبوضات منها ما هو أمانة محضة - وضابطه: ما كان المنفعة فيه للمالك؛ كالوديعة، أو جل النفع له؛ كالقراض - ومنها ما هو مضمون، لا أمانة فيه، وضابطه: ما كان النفع فيه للقابض؛ كالقرض، والمبيع، أو تعديًا؛ كالغصب.

ومنها ما هو متردد بين القسمين؛ كالرهن، فنفع الراهن: الصبر عليه لأجله، ونفع المرتهن: التوثق، وشبه الضمان أقوى بوجوه: منها: أن المرتهن أحق به، وليس للراهن التصرف فيه.

ومنها: أن تعلق الحق برقبته؛ كالجانى.

ومنها: حبسه للاستيفاء، والبيع؛ كالمبيع فى يد البائع.

ومنها: أنه لا يقبل قوله فى رده؛ كالغاصب، بخلاف المودع.

ومنها: [أنه](٢) لا يثبت، إلا عن مال فى الذمة؛ كالمعاوضات.

ومنها: أنه شرط فى أصل البيع؛ كالثمن.

فهذه ستة أوجه.

وشبه الأمانة: نفع الراهن، والصبر إلى الأجل، وإباحته له بغير عوض. إذا(٣) تقرر هذا، فنحن نجعل كونه مغيبًا عليه مرجحًا للضمان؛ لكونه مظنة التهمة، فهو مناسب.

---

(١) ينظر تخريج الحديث السابق.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وإذا.

ولاحظ القياس على الشهادة، بجامع التوثق، والقياس على الوديعة، والشركة والمضاربة، والوكالة، فالقبض فى هذه كلها لا يوجب ضمانًا.

وجوابه: أن الشاهد لم يقبض شيئًا يضمنه فافترقا.

وفى[1] الثانى: الفرق بأن القبض هناك فى تلك الصور لحق الدافع.

واحتج (ح): بأن رجلا رهن فرسا له، فنفق عند المرتهن، فقال له النبى - عليه السلام -: «ذَهَبَ حَقُّكَ»، ولا يريد ذهب حقك من التوثق؛ لأنه معلوم بالمشاهدة فيتعين الدين ولأنه إجماع الصحابة، رضى الله عنهم.

قال عمر - رضى الله عنه - : «الرهن مضمون بأقل الأمرين».

وقال على - رضى الله عنه -: «يترادان الفضل بينهما».

وقال أنس - رضى الله عنه -: «الرهن بما فيه».

ولأنه محبوس بحق، فسقط الدين بتلفه؛ كالمبيع فى يد البائع، ليقبض الثمن. أو قياسًا على موت الجانى بعد تعلق الجناية به.

ومقبوضٌ يضمن فيه ما يغاب فيضمن غيره؛ كالبيع.

والجواب عن الأول: منع الصحة؛ فقد ضعفه المحدثون.

سلمنا الصحة، لكن ذهب حقه من التوثق، أى: لا يجب الإتيان برهن آخر.

وعن الثانى: أن قولهم معارض بقول غيرهم، أو يحمل على ما يغاب عليه.

وعن الثالث: أنه ينتقض بالعين المستأجرة؛ فإنها محبوسة لحق مالكها ولا ضمان.

وعن الرابع: نقضه بالكفيل، فإن الحق تعلق به، وموته لا يسقط الحق، ثم الفرق: أن الجانى تعلق الحق بعينه، وفى الرهن بالذمة، بدليل لو زادت الجناية على قيمة الرقبة، لم يكن للمجنى عليه المطالبة بالفضل.

وعن الخامس: الفرق: أن المبيع أخذه المشترى لمنفعة نفسه فقط، والرهن فيه الشائبتان، كما تقدم.

نظائر للعبدى:

قال: يلزم الضمان - إلا أن تقوم بينة - فى سبع مسائل:

الرهن فيما يغاب عليه، وكذلك العارية، والمبيع بالخيار إذا كان يغاب عليه،

(١) فى ط: عن.

ونفقة الولد عند الحاضنة، والصداق إذا كان مما يغاب عليه، وادعت المرأة تلفه، ووقعت فيه الشركة بالطلاق، والمقسوم من التركة بين الورثة، ثم انتقضت القسمة ووقعت فيه الشركة بالدين، أو الغلط[١]، وقد تلف وهو مما يغاب عليه، والضياع.

تفريع:

قال صاحب المنتقى: إذا أتى بالثوب محترقًا، ضمن، إلا أن تقوم بينة، أو[٢] اشتهر احتراق حانوته، أو بعض متاعه محترقًا ضمن. قاله ابن القاسم.

فإن ثبت احتراق حانوته، ولم يأت ببعض الثوب، فظاهر المسألة: أنه غير مصدق.

قال: والذى [أرى: أنه][٣] إن كانت عادته الدفع فى حانوته، صدق، وحيث ضمن، فالقيمة يوم الضياع، لا يوم الارتهان، عند ابن القاسم؛ لأن الارتهان لا يوجب ضمانًا بل الضياع.

[وعنه: يوم الارتهان؛ لأن يده غير مؤمنة.

وعن أصبغ: يوم الضياع][٤]، فإن جهلت فيوم الرهن، وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان، فإن قوم، لزمت تلك القيمة، إلا أن يعلم زيادتها ونقصانها فيقوم بما صارت إليه، قاله مالك؛ لأن التقويم يوم الارتهان اتفاق على القيمة، فيحملان عليه، إلا أن يثبت خلافه.

وفى الجواهر: يصدق المرتهن فيما لا يغاب عليه إلا أن يدعى موت الدابة فى موضع يشتهر لو وقع ولم يذكر.

فرع: قال الطرطوشى: رهن المغصوب من غاصبه يسقط عنه ضمانه، وقاله (ح).

وقال (ش): لا يسقط ضمان الغصب.

لنا: القياس على ما إذا باعه منه أو وهبه منه، والجامع: الإذن فى الإمساك المناقض لمنع الغصب. وإذا تعلق الحكم بعلة زال بزوالها. ولا يلزمنا إذا لم يأذن له

---

(١) فى ط: بالغلط.
(٢) فى أ: إذا.
(٣) فى ط: أراه.
(٤) سقط فى ط.

فى القبض، فإن الرهن يصح، ويسقط ضمان الغصب؛ لأنه مقبوض عنده قبل الرهن.

ولنا - أيضًا -: القياس على ما إذا أودعه أو حكم تراجع من أحكام فيسقط قياسًا على وجوب الرد، وسقوط الإثم، والتفسيق.

احتجوا: بأنه إحدى حالتى الرهن، فلا ينافى ضمان الغصب؛ كحالة الاستدامة.

أو قياسًا للنهاية على البداية.

أو بالقياس على الرهن عبد المجنى عليه. فإن ضمان الجناية لا يسقط، أو عقد لا يمنع طريان الضمان عليه فلا يمنعه سابقًا؛ كالنكاح والإجارة، فيما إذا غصبت عبدًا ثم زوجته، أو غصبته ثم استأجرته على تعلمه، أو غصب ثوبًا فاستأجره على خياطته.

وبهذه المسائل يبطل قولكم: الإذن يناقض الضمان، وإن البيع إنما أسقط الضمان؛ لزوال الملك، ويمتنع أن يضمن ملكه.

والجواب عن الأول: الفرق بين الاستدامة والابتداء: أن الاستدامة فى النكاح لا تمنعها العدة، والاستبراء، ويمنعان ابتداء؛ لأن الحق تعلق به، وموته لا يسقط الحق، ثم الفرق: أن الجانى تعلق الرهن بعينه، وفى الرهن بالذمة، بدليل الاستدامة برد المنافى منها بعد التقرر والثبوت، بخلاف مقارنة الابتداء، وهو أضعف لعدم التقرر.

وعن الثانى: الفرق بأن ضمان الجناية مستقر؛ لوجود سببه، وضمان الغصب يتوقف على هلاك المغصوب، وما وجد، فكان ضعيفًا فبطل بالرهن.

وعن الثالث: الفرق: أن كل الأمور لا تستلزم الإذن فى وضع اليد، والرهن يستلزمه، والإذن فى وضع اليد هنا يناقض الغصب؛ لأنه وضع اليد بغير إذن.

وعن الرابع: أنه كما استحال أن يضمن ملكه، استحال اجتماع يد بغير إذن مع الإذن؛ لأنهما نقيضان.

فرع: قال صاحب البيان: قال أشهب: إذا اعترف المرتهن ببطلان دعواه التى قضى بها له عليك، والرهن حيوان - ضمنه؛ لأخذه عدوانًا، ولو أقمت عليه بينة ببطلانها لم يضمن؛ لأنه لم يدخل على العدوان، بخلاف الأمة المشتركة يجحد أحدهما نصيب صاحبه فتقوم البينة، فإنه يضمن، وعن ابن القاسم: لا يضمن.

فرع: فى الكتاب: إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، امتنع، فإن أجازه جاز، ويعجل حقه؛ لأن المنع لأجله، ولم يرض ذمة الراهن، فإن أذن فى البيع، وقال: لم آذن؛ ليأخذ الثمن، حلف، فإن أتى الراهن حينئذ برهن يشبه الأول، وبقيمته، أخذ الثمن، وإلا بقى رهنًا، ولا يعجل هذا إذا بيع بإذنه، ولم يسلمه للمبتاع من يده، وأخذ الثمن، فإن سلمه للراهن فباعه، خرج من الرهن.

وإن باع المرتهن أو وهب تعديًا، يلزمه رده، ويدفع ما عليه، ويتبع المبتاع البائع.

فى التنبيهات: هذا التصرف كله بعد القبض.

وعن مالك: إمضاء البيع، وتعجيل الحق؛ توفية بالعقد، ولا خيار للمرتهن، إلا أن يبيعه بأقل من الدين، أو بخلافه.

فإن باع قبل القبض، مضى البيع، وخرج من الرهن؛ لضعف الرهن قبل القبض، واختلاف العلماء فى لزومه حينئذ، ولا يطالبه برهن غيره؛ لأن إهماله فى يده حتى باع كرده له، ولا يعجل الحق، ولا يحلف المرتهن عند مالك، وابن القاسم.

وروى: يحلف؛ للتهمة.

وقول مالك: «لتمكنه من القبض» يدل على أنه لو بادر، [لم][(١)] يبطل الرهن، ومضى البيع وبقى ثمنه رهنًا. قاله ابن أبى زيد تأويلا.

وقال غيره: يمتنع البيع، ويرد فيبقى رهنًا؛ توفية بعقد الرهن، و [هو][(٢)] على قولهم فى حوز الهبة، إذا مات قبل التراخى فى الحوز.

وقيل: هذا إذا اشترط الرهن فى أصل العقد، فباعه الراهن بعد التراضى[(٣)]، أما لو باعه ليخرجه من الرهن، انتقض البيع، فإن فات بيد المشترى بقى رهنًا، وأما ما تطوع به الراهن بعد الحكم فبيعه كبيع الهبة قبل قبضها.

وفى الموازية: ينفذ البيع، قرب أو بعد، وهذا كله على الخلاف فى الهبة المبيعة.

وقيل: إنما يبطل الرهن، إذا سلم المشترى السلعة قبل بيع الرهن، أما وسلعته

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: التراخى.

قائمة لا يلزمه تسليم حتى يدفع إليه رهنًا، فرط فى القبض أم لا. ومعنى قوله: قائمة بمثله صفة وقيمة: أن السوق قد ينحط، فلا يفى بدينه، أو الأول عقار لا يضمن فيأتيه بما يضمن فيتضرر.

قال ابن يونس: فإن استهلك الرهن قبل دفعه للمرتهن، وعنده وفاء، وفَّاه، وتم البيع، وإلا فللمرتهن رد البيع، ولو دفعه المرتهن للراهن، وقال: إنما دفعته لك لتعجل لى حقى، فأنكر:

قال أشهب: يحلف المرتهن، ولا يضره قيام الغرماء إن قرب دفعه إليه، وإلا فالغرماء أحق.

وقوله: إذا تعدى المرتهن فى البيع أخذه ربه، ودفع ما عليه، ويتبع المشترى البائع فيلزمه بحقه. يريد: يدفع الراهن ما عليه للمشترى، ويأخذه منه، فإن كان أقل مما دفعه المشترى يرجع المشترى ببقية ثمنه على بائعه، ويريد أنه باعه، وقد حل الأجل.

أما قبل الحلول، فيخير الراهن فى إجازة البيع، وقبض الثمن، ولا يرده للمرتهن، ويجعله بيد عدل رهنًا إلى أجله، وله قبض الثمن، ويوقف له الرهن، وكذلك إن رد البيع جعل الرهن بيد عدل؛ لئلا يعود المرتهن للبيع، عند ابن القاسم.

وعند أشهب: يقبض الراهن الثمن، ولا يتعجله المرتهن من دينه؛ لأنه فسخ الرهن.

قال أشهب: فإن فات الرهن، غرم المرتهن الأكثر من الثمن أو القيمة يوم البيع؛ لوجود سببى ضمانهما من التعدى، وأخذ الثمن، ولا يحبس المرتهن منه شيئًا بحقه إذا كان لم يحل؛ لأنه فسخ رهنه، ولو تعدى من وضع على يديه، غرم الأكثر منهما، وتعجل المرتهن حقه إن كان كصفة الدين، وإن لم يحل الأجل؛ لأن وقفه ضرر.

وابن القاسم يرى فى مثل إيقاف الثمن، وأن يقع بمثل الصفة؛ لعل الراهن يأتى برهن مثل الرهن، ويأخذ الثمن، أما لو يئس من ذلك، فلا فائدة فى الإيقاف، بل ضرر عليهما.

قال اللخمى: إن بيع بغيره أمره بمثل الثمن، والدين عين مضى البيع، وعجل

الدين، وكذلك إن كان الدين عرضًا من قرض، فرضى الراهن أن يشترى بثمنه، ويعجله وفيه وفاء بالعرض، و إن لم يرض الراهن بتعجيل الدين إن كان الدين عرضًا من قرض، ولم يجتمعا على تعجيل الدين - امتنع البيع، وإن كان ذلك وقت نفاق ذلك الرهن، أو موسم بيعه، لم يرد البيع، وإن لم يوف بالدين؛ لأن المنع [ضرر غير](١) منفعة للمرتهن.

وإن وهب المرتهن الرهن، دفع الراهن الدين للمرتهن، وأخذه من الموهوب له، ولا شيء للموهوب له على الواهب.

وإذا باع المرتهن ثم غاب، واختلف الدين والثمن، والدين أكثر - دفع للمشترى ثمنه، ووقف السلطان الفضل، أو الثمن أكثر، أخذ الدين، واتبع البائع بالفضل، وإن باعه بمثلى ثم غاب، قبض السلطان الدين من الراهن، ودفع له الرهن، ويشترى من الدين مثل ما قبضه المرتهن من المشترى، فإن فضل للغائب شيء، دفعه له، وإن فضل عنده شيء، اتبع به، وإن كان باعه، دفع إليه قيمته.

قال ابن القاسم: فإن باع المرتهن الرهن، ولا يعلم الراهن ولا المرتهن صفته ولا قيمته، يحلف المرتهن على ما باعه.

وقال ابن حبيب: إن فات، على المرتهن الأكثُر من القيمة، أو الثمن، وقاله أصبغ إذا كانت للمرتهن بينة على صفته يوم باعه، ولا بقيمته يوم باعه على صفته التى كان عليها يوم ارتهنه، إلا أن تكون صفته يوم باعه أفضل، فقيمته يوم باعه، إلا أن يكون الثمن أكثر؛ نظرًا إلى وضع اليد، والتعدى بالبيع وقبض الثمن الناشئ عن الرهن، وكلها أسباب ضمان فعليه أكثرها. هذا إذا(٢) كان مما يغاب عليه، وإلا فالأكثر من قيمة صفته يوم البيع، أو الثمن الذى باعه به؛ لأن ما يغاب عليه مضمون بالقبض، فلا يصدق فى نقص القيمة.

فرع: فى الكتاب: إذا تكفلت، أو أعطيت رهنًا فهلك عنده، وهو مما يضمن، وقيمته كفافُ الدين، فقد استوفى، وترجع أنت على المكفول بقيمته، تكفلت أو أعطيت الرهن بأمره أم لا؛ لقيامك عنه بما شابه أن يفعله.

ولو رهنته بأمره، وقيمته أكثر من الدين، رجعت على المكفول خاصة بمبلغ

(١) فى ط: ضرر غير ضرر.
(٢) فى ط: إن.

الدين من رهنك، وسقط دين المرتهن؛ لهلاكه عنده، ويفضل قيمته على المرتهن؛ لأنه ضمنه، أو على المكفول؛ لأنه سببه، وترجع بها على المرتهن؛ لأجل ضمانه. وإن رهنت بغير أمره، رجعت عليه بالدين فقط؛ لأنه الذى انتفع به، وبالزيادة على المرتهن؛ لضمانه إياه.

وفى النكت: يحتمل أن يكون معناه: أن الذى عليه الدين معدمُ، فتتجه الحمالة ويسوغ الرهن؛ لأن الحمالة لا تلزم الموسر، و يجب أخذ الرهن، فلا يتم قوله إلا برضا الذى له الرهن، فإن لم يرض فله اتباع الذى ضاع الرهن عنده بقيمته؛ لاتهامه فى حبسه واستعجال حقه من هذا دون غريمه. وقيل إذا ضاع قبل حلول الدين، والرهن كفاف الدين: إن المرتهن قد استوفى حقه، ولا حجة عليه: لأنه كمقتضى دين قبل حلول أجله؛ لأنه إنما اتهم بغيبته ولا يعلم أن حبسه تعد.

قال التونسى: انظر كيف ألزم فى الكتاب الذى عليه [الدين][1] غرم الفضلة إذا رهن بإذنه، وصاحب الرهن يعلم أن المستعير لم يستهلكها، والمستعير إنما يضمن إذا اتهم على العين المستعارة، ولكنه جعل حكم الراهن كأنه وكيله، [وكأنه][2] التزم، بأن ما وجب على المرتهن فهو واجب عليه، فعلى هذا أعاره، ولو أن المستعير قبض الرهن، وقيمته خمسة عشر، ثم دفعه هو إلى المرتهن، وقيمته عشرة بحضرة بينة، فادعى ضياعه - لغرم المستعير خمسة عشر؛ لأنه على ذلك أخذه، وقد قيل: إذا استعار شيئًا فربا عنده بعد العارية شهرًا ثم ادعى ضياعه؛ يضمن قيمته يوم استعاره، وفيه خلاف.

ولأشهب في المتعدى على الرهن ببيعه[3]: هل يضمن قيمته يوم رهنه، أو يوم باعه؟ أما إن كانت قيمته يوم استعاره عشرة، ويوم رهنه خمسة عشر، فإن المستعير لا يربح؛ كما لو باعه المستعير بأكثر من قيمته يوم العارية، فإن للمعير الثمن؛ وكما لو باعه المرتهن، لكان للمعير الثمن الذى بيع به؛ لأنه كالإذن[4] فى بيعه، فليس له إلا الثمن فقط.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: يبيعه.
(٤) فى ط: كالآذن.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترطتما: إن لم يأت بالحق إلى أجله، فلمن على يديه الرهن - من عدل، أو مرتهن - بيعه، فلا يبيعه إلا بإذن السلطان؛ لافتقار بيعه إلى إثبات غيبتك وإعسارك، وبقاء الحق عندك إلى حينئذ.

فإن باع بغير إذنه نفذ(١) بيعه؛ لإذنك له، وإن لم تأذن له فى بيعه، دفعه إذا(٢) حلّ الأجل للسلطان، فإن أوفاه، وإلا باع له الرهن.

فى النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قال السلطان للعدل الذى بيده الرهن: بعه؛ ليأخذ المرتهن حقه، فقال: ضاع الثمن، ولم يعلم بيعه إلا من قوله - لا يبرأ الراهن من الدين؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على هذا البيع ولا الثمن، ولا يضمن؛ لتوكيل السلطان إياه، فلا يزول الدين من ذمة الراهن حتى [يثبت بيع](٣) العدل ببينة.

وقيل: بل ضمان الثمن من المرتهن؛ لأن العدل جعل وكيلا له، وقبض الوكيل كقبض الموكل.

قال التونسى فى الموازية: الدور، والأرضون، والعبيد، وما له بال، يرد ما كان قائمًا، ويمضى الفائت بالثمن إن لم يحاب فيه.

قال أشهب: وأما مثل المقثاة، ونحوها فتباع بغير إذن السلطان؛ لئلا تفسد فى إيقافه على الإذن.

فإن قيل: لم وقف فى الكتاب على إذن الإمام مع أنه وكل فى البيع، ومن وكل فى بيع ماله لا يوقف؟

قيل: تلك وكالة الاختيار، وههنا هى اضطرار لما عليه من الدين فيحتاج عند الأجل إلى بحث عن قرب غيبته، وهل له مال يقبض منه الدين أم لا؟ لأن الرهن إنما يباع مع العدم فهو من باب الغائبين.

قال ابن يونس: وعن مالك: أما التافه فيمضى، وما له بال يرد، إن لم يفت.

قال أشهب: أما بلد لا سلطان فيه، أو يعسر الوصول إليه، فيجوز البيع مطلقًا.

قال: فالحاصل: أن مالكًا، وابن القاسم لم يختلفا فى التافه، واختلفا فيما له

---

(١) فى ط: نقض.

(٢) فى أ: إذ.

(٣) فى ط: يبيع.

بال، فأمضاه مرة ورده مرة، إن لم يفت.

قال ابن القاسم: فإن فات، لزمه الأكثر من الثمن، أو القيمة، وإذا أمر[١] الإمام بالبيع فاليسير يباع في مجلس، وما له بال، ففي أيام، ويشهر ويسمع به: كالجارية، والدار، والثوب النفيس، وربما نودى عليه الشهرين.

قال اللخمى: إن تعذر الرفع للسلطان، أو عدم، فلجماعة عدول يحضرهم النداء.

ويجوز اشتراط المرتهن، أو العدل البيع، وينفذ البيع بغير سلطان إذا تطوع به الراهن بعد العقد.

قال صاحب المنتقى: إذا باعه الإمام بغير الرهن من عرض، أو طعام، منعه ابن القاسم.

وقال أشهب: بمثل الدين، وإن لم يكن فيه فضل جاز، أو فيه فضل، امتنع [بيع تلك الفضلة][٢]، والمشترى مخير فى التمسك بما بقى؛ لضرر الشركة.

قال الأبهرى: ما كان مثل الثمار وغيرها مأمونًا، لا يباع بغير أمر السلطان؛ نفيًا للتهمة.

فرع: فى الجلاب: إذا وكلت فى البيع، ليس لك عزل الوكيل، إلا برضا المرتهن. وقاله (ح)، خلافًا (ش)، وأحمد؛ لأن القاعدة: أن الوكالة عقد جائز من الجانبين، ما لم يتعلق بها حق للغير.

وفى المبسوط: لك العزل؛ كسائر الوكالات.

فرع: قال صاحب البيان: لا يبيع السلطان حتى يثبت عنده الدين، والرهن، وفى الملك قولان، إذا أشبه أن يملكه الراهن، أما إذا لم يشبه الثوبُ لباسَه، أو ترهن المرأة السلاحَ [فلا ثبوت للملك][٣].

فرع: قال: إذا لم يوجد من يبيع الرهن إلا بجعل:

قال ابن القاسم: الجعل على طالب البيع منهما؛ لأنه صاحب الحاجة، والراهن يرجو دفع الحق من غير الرهن.

---

(١) فى أ: أقر.
(٢) فى ط: بيع بكذا لفضله.
(٣) فى ط: فلابد من ثبوت الملك.

وقال عيسى: على الراهن؛ لوجوب القضاء عليه.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا باع الأمين الرهن، وقضى الغريم، ثم استحق - رجع المشترى على الراهن، إن كان له مال، وإلا فعلى البائع؛ كالمفلس يباع ماله فيستحق شىء منه، فالرجوع على الغرماء إذا لم يكن للغريم مال.

وقال (ش): متى استحق المبيع، رجع المشترى على الراهن إن علم المشترى بالوكالة، وقاله أحمد.

وقال (ح): العهدة على الوكيل، ويرجع على الراهن؛ قياسًا على المطالبة بتسليم المبيع، والرد بالعيب.

فرع: فى الكتاب: إذا قبضه وكيل المرتهن بإذنه، فهلك بيده ما يغاب عليه، ضمن المرتهن؛ لأن قبض وكيله كقبضه، بخلاف العدل يرضيان[(١)] به لا اختصاص له به دونك.

فرع: قال: إذا دفعه العدل للراهن أو المرتهن تعديًا، فضاع، [ضمن][(٢)] ما يغاب عليه للآخر فإن [كان الرهن][(٣)] كفاف الدين، سقط؛ لهلاكه بيد المرتهن، أو أكثر، ضمن العدل الفضل للراهن، فإن مات العدل لم يرض بوضع[(٤)] الرهن عند غيره، بل ذلك للمتراهنين؛ لعزله عما عدا نفسه.

قال التونسى: إن دفعه للراهن، ففلس الراهن، وهو قائم بيده ولا مال للأمين.

قال عيسى: المرتهن أحق؛ توفية بعقد الرهن.

مثال ما تقدم: للذى له الرهن عشرون، وللغريم واحد[(٥)] وعشرون، وجد عند المديون عشرة والرهن، أخذا عشرة عشرة، وأخذ المرتهن من العدل ثلاثة وثلثا؛ لأن الراهن لو كان حاضرًا لأخذه وبقى له عشرة يحاصص بها فى العشرة الموجودة عند المديون، ويحاصص الغريم الآخر فيها بعشرين، فيحصل له ثلثها ويرجع به على العدل؛ لأنه الذى فات بسببه.

---

(١) فى ط: الذى يرضيان.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: يوضع.
(٥) فى ط: أحد.

ولو أفات الراهن الرهن ووجدا عنده عشرين، فأخذ كل واحد عشرة، لرجع المرتهن على العدل بثلثي العشرة؛ لأن الرهن لو حضر لأخذه، وحاصص بعشرةٍ فى العشرين، فيحصل له ثلث العشرين فيرجع به على العدل.

وعلى هذه الطريقة تخرج هذه المسائل.

قال ابن يونس: فى الكتاب: «إذا دفعه للراهن، ضمنه للمرتهن»، يريد: الأقل من قيمته أو الدين، وقوله: «إن كان كفاف الدين سقط»، يريد: ويرجع به على المرتهن.

قال اللخمى: إذا سلمه للمرتهن قبل الأجل، فعلم بذلك قبل الأجل، أغرم القيمة أيهما شاء؛ لتعدى هذا فى الدفع، والآخر بالقبض، وتوقف القيمة على يد عدل غير الأول خيفة أن يتعدى ثانية، وللراهن أن يأتى برهن غير الأول ليأخذ القيمة، فإن غرم العدل فيرجع على المرتهن؛ لأنه سلطة، وهذا إذا علم الضياع بالبينة، وإلا فهل يغرم العدل للمرتهن قيمته الآن، أو يكون قصاصًا؟ لأن العدل يغرم بالتعدى حقيقة، والمرتهن بالتهمة، ويمكن صدقه، ولا خلاف فى المرتهن إذا غرم بالتعدى أن تؤخذ منه القيمة الآن قبل الأجل.

واختلف إذا غرم بالتهمة، هل تؤخذ القيمة، أو يكون قصاصا بالدين؟

فإن أسلمه العدل للراهن، فللمرتهن انتزاعه، ويوقف على يد عدل، فإن لم ينزع حتى فلس الراهن:

قال ابن القاسم: المرتهن أحق أن يوفيه بعقد الرهن.

وقال محمد: أسوة الغرماء؛ لزوال الحوز.

فرع: فى الكتاب: إذا أمر السلطان ببيع الرهن رجلا، ليقضى المرتهن حقه، فضاع الثمن – لم يضمنه المأمور، ويصدق فى ضياعه؛ لأنه أمين، فإن اتهم أحلف، وكان الثمن من الذى له الدين؛ كضياع ما باعه السلطان لغرماء المفلس.

قال ابن يونس: وعن مالك: أنه من ربه حتى يصل إلى الغرماء؛ لأن السلطان وكيله دونهم.

وقال بعض القرويين: إنما يكون ضياع الثمن من الذى له الدين عند ابن القاسم، إذا ثبت البيع ببينة، وإلا فلا يبرأ الراهن من الثمن؛ لأن صاحب الثمن لم يأتمنه على هذا البيع.

وقيل: سواء، وهو الصواب، وظاهر الكتاب؛ لأنه أمين من جهة السلطان، فلو ضاع الرهن قبل بيعه، لكان من ربه، على قول ابن القاسم، ومن الذى له الدين، على قول عبد الملك؛ كاختلافهم فى ضياع مال المفلس الموقوف للغرماء.

فرع: فى الكتاب: إذا باع السلطان، ثم استحق وقد فات عند المبتاع، أو غاب المبتاع فلم يوجد - فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن، ويرجع المرتهن بحقه على الراهن؛ كمن استحق سلعة بعد بياعات، فإنه يأخذ الثمن من أيهما شاء.

فرع: قال: لو باع المأمور الرهن بحنطةٍ أو شعير، أو عرض، لم يجز؛ لأنه خلاف المعتاد فى الأثمان، فإن ضاع ما قبضه، ضمنه؛ لتعديه، بخلاف العين، لا يضمن، وكذلك الوكيل على بيع السلع.

قال اللخمى: قال أشهب: إذا باع بجنس ما عليه من الدين، ولم يكن فى ثمنه فضل، جاز، وإن كان فيه فضل، رد ذلك الفضل، وخيِّرَ المشترى فى الباقى، فإن رده، فله؛ للضرر فى الشركة.

فرع: فى الكتاب: إذا قبض الرهن، ثم أودعه الراهن، أو أجره إياه أو رده إليه بأى وجه كان - خرج من الرهن، وقاله (ح) إلا فى العارية والوديعة.

وقال (ش): لا يشترط استدامة القبض، بل[1] يخدم الراهن نهارًا ويرجع للمرتهن ليلا، وللمرتهن أن يأذن للراهن فى الاستيلاء على الرهن ولا يقدح ذلك، ويملك الراهن التصرف فى الرهن عنده بما لا يضر المرتهن، ولا ينقض الآجال والعتق عنده إلا أن يكون موسرًا.

ومنشأ الخلاف: أن عقد الرهن هذا أفاد، فعنده: أفاد أنه صار بيبعه فى دينه عند الأجل، وإنما شرع القبض عنده ليلزم؛ لأنه تبرع عنده لا يلزم إلا بالقبض.

وعندنا: [أفاد][2] أنه محبوس بالدين عنده، فيكون الاختصاص قائمًا مقام ملك العين، فهنا مقصودان: حبسه، واستحقاق البيع، وهو أعظمهما، ويترتب على الأول؛ كالوضوء: مقصوده الأعظم: إباحة الصلاة، ويترتب على غسل الأعضاء.

---

(١) فى ط: كمن.
(٢) سقط فى ط.

وعلى هذا الأصل تنبنى أكثر مسائل الرهن، من رهن المشاع لمنع الإشاعة دوام القبض بالمهايأة. ومنافع الرهن هل للراهن أم لا؟ وقد تقدم تقريره، ويمكن الراهن من مباشرة الاستيفاء، فهو أصل كبير فاعلمه.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

قاعدة أصولية:

المشتق إطلاقه قبل وجود المشتق منه ليس حقيقة إجماعًا، من باب تشبيه الشىء بما هو آيل إليه، نحو: تسمية العنب خمرًا.

وإطلاقه عند وجود المشتق منه حقيقة إجماعًا، نحو: تسمية الخمر خمرًا. أو بعد وجوده مجاز عند الجمهور، نحو: تسمية [الإنسان نطفة، و][(١)] النائم يقظان، باعتبار ما مضى.

إذا تقررت هذه القاعدة، فإذا رد الرهن وجب ألا يصدق عليه مقبوضًا، فيكون وصفًا لقبض معدوم والله - تعالى - قد اشترطه فى الرهن؛ لأن الوصف يجرى مجرى الشرط، ويلزم عن[(٢)] عدم الشرط عدم المشروط، فلا يكون هذا رهنًا فلا يستحق بيعه، وهو المطلوب.

ولأنه قد تقدم أن معنى الرهن فى اللغة: الحبس والثبوت، فإذا لم يثبت ويدم لا يكون رهنًا لغة، فلا يكون رهنًا شرعًا، وهو المطلوب.

ولأنا أمرنا برهن مقبوض إجماعًا، وأجمعنا على أن ما ذكرناه موف بمقتضى هذا الأمر، ومقتضى المشروعية فيه، فوجب ألا يكون ما ذكرتموه مشروعًا؛ لعدم ما يقتضى العموم فى الآية فهى مطلقة.

والقاعدة الأصولية: أن المطلق إذا عمل به فى صورة، سقط اقتضاؤه فيما عدا تلك الصورة. فالقواعد معنا والنص.

احتجوا: بقوله - عليه السلام -: «الرَّهْنَ مَحْلوُبٌ وَمَرْكُوبٌ»، والمراد: إما المرتهن، وهو باطل إجماعًا؛ فيتعين الراهن.

ولأنه عقد من شرطه القبض، فلا يشترط دوامه؛ كالهبة، والصدقة، والعارية.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: من.

ولأن الدوام لو كان شرطا لبطل الرهن إذا غُصِبَ منه، وليس كذلك اتفاقًا. ولأن دوام القبض لو كان شرطًا لبطل إذا أذن المرتهن للراهن فى بيع نصفه، وهو النكتة، زعموا أنها تبطل أكثر أصولنا.

ولأنا[١] أجمعنا أن القبض ليس شرطًا من حين العقد إلى زمن البيع، فكما لا يضر عدم اليد ابتداء، لا يضر انتهاء؛ قياسًا لأحد الطرفين على الآخر. ولأن لفظ القبض مطلق، والمطلق يكفى فيه صورة، فتعين ما ذكرتم من القاعدة، فلا تدل الآية على الدوام، وهو المطلوب.

والجواب عن الأول: أن الحديث لم يعين الحالب والراكب، فنحمله على المرتهن بإذن الراهن، والمطلق يتأتى بصورة، وهذه الصورة مجمع عليها فيسقط النص من غيرها.

وعن الثانى: القلب فى النكتة؛ فنقول: تصرف من شرطه القبض فلا يكون للدافع فيها بعد ذلك حق؛ كالواهب فى الهبة، ثم الفرق: أن مقصود الهبة: الملك، وزوال اليد لا ينافيه، ومقصود الرهن: التوثق، وزوال اليد ينافيه، ولا سيما والرهن معناه: الاحتباس والثبوت.

وعن الثالث: أن الحكم القهرى، غير معتبر شرعًا، بخلاف [الاختيارى والرهن من باب المأمورات، فيسقط فيها][٢] الإكراه والجبر.

وعن الرابع: أن يد المرتهن تبقى على المرهون، وهو الرهن، فلا[٣] يبطل القبض.

وعن الخامس: أن فى الابتداء له المطالبة بالقبض بمقتضى العقد، فما وجد تفريط، أما إذا رده فقد فرط فقدح[٤] ذلك فى الشرط.

وعن السادس: أنا بينا أن القبض صفة لازمة؛ لأن الرهن: الاحتباس والدوام، فإذا بطل القبض بطل الرهن. فكما أجمعنا على معنى الرهن، يجب دوامه، فيجب

---

(١) فى ط: وأنا.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: فلم.
(٤) فى ط: فقدم.

دوام القبض، وهو المطلوب.

تفريع:

في الكتاب: ليس للمرتهن في إعارته إياه ورده إلا أن يعيره على ذلك فله، إلا أن يقوم الغرماء، أو يموت الراهن، فهو أسوة الغرماء، وكذلك إن كان أرضًا فزرعها الراهن بإذنك وهي بيدك، خرجت من الرهن، وكذلك إن أكرى الدار بإذنك، وإن أجره المرتهن أو أعاره بإذن الراهن وولى المرتهن ذلك، ولم يسلمه للراهن فليس بخروج؛ لبقاء اليد، وإن ضاع عند المستأجر، وهو يغاب عليه، فهو من الراهن.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: متى قام المرتهن برده قضى له، إلا أن يفوت بحبسٍ أو عتقٍ أو تدبير، أو بيع، أو قام غرماؤه.

وسوى أشهب بين العارية وغيرها في أن له الرد ما لم يفت بما تقدم، وسوى في كتاب «حريم البئر» بين أن يسكن أو يأذن له في السكن أو الكراء.

وقال أشهب: بل حتى يكريها.

وقال ابن القاسم: وكذلك لو أذن له في السقى من البئر، أو العين المرتهنة، خرجت من الرهن.

قال محمد: ولا يكرى المرتهن الرهن إلا بإذن الراهن؛ لملكه للمنافع، إلا أن يرتهنه على ذلك.

قال أشهب: إن شرط أن كراءه رهنٌ مع رقبته، فله أن يكريه بغير إذنه؛ لانتقال المنفعة إليه.

وعن مالك: لا يحتاج إذنه مطلقًا؛ لأن المنافع تابعة للرقبة.

قال صاحب المنتقى: إن أكرى المرتهن بغير إذن الراهن لزم الراهن؛ لأنه صار كالمحجور عليه، فإن حابى ضمن المحاباة، قاله عبد الملك، وليس للراهن تعجيل الدين وفسخ الكراء إن كان بلا وجيبةٍ، وإلا فله وإن كان أجله دون أجل الدين. قاله عبد الملك.

وقال أصبغ: إن كانت وجيبة إلى أجل الدين، أو دونه، فليس [للراهن فسخه، وإن كانت][1] أبعد من أجل الدين، فله الفسخ فيما زاد إذا حل الأجل.

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في ط: أو.

وإنما فرق عبد الملك بين الوجيبة وغيرها؛ لأن عقد الكراء إذا انعقد على [عمل][١] معين يقدر بنفسه ولم يفسخ لفوات زمان، وإذا علق بزمن معين وقدر به، انفسخ بفوات ذلك الزمان.

ووجه قول أصبغ: أن الكراء على اللزوم فيلزم فيما لا مضرة فيه على الراهن.

قال أصبغ: وليس له فى الدين كراؤها بوجيبةٍ طويلة، فإن فعل لم يلزم الراهن إذا عجل الدين.

فرع: فى المنتقى: قال: إن ترك المرتهن أن يكرى الدار التى لها قدر، أو العبد الكثير الخراج، حتى حل الأجل - ضمن أجرة المثل؛ لتضييعها على الراهن وهو محجور عليه، أما الحقير، فلا، قاله عبد الملك.

وقال أصبغ: لا يضمن فى الوجهين؛ كالوكيل على الكراء.

فرع: فى الكتاب: إذا مات الراهن قبل أجل الدين، بيع الرهن وقضى الحق؛ لأن من مات حلت ديونه.

فرع: قال: إذا جنى العبد، خير السيد، فإن فداه بقى رهنًا، وإن سلمه، خير المرتهن، فإن أسلمه فهو لأهل الجناية بماله، قل أو كثر، ودين المرتهن بحاله.

وإن فداه لم يكن للسيد أخذه، حتى يدفع ما فداه مع الدين ولا يكون بماله رهنًا بدين، ولا أرش إلا أن يشترط فى الدين أولًا.

فإن امتنع سيده من أخذه، بيع إذا حل الأجل، لا قبله، فيبدأ بما فداه به المرتهن؛ لتعلق الفداء بالرقبة، وحق الرهن، إنما هو بالتوثق، فإن ساوت رقبته أقل من الفداء، لم يتبع السيد بالفضل؛ لأنه فداه بغير أمره واتبعه بدينه الأول، وإن كان فيه فضل، فالفضل فى الدين، وإن فداه المرتهن بأمر الراهن، اتبعه المرتهن بما فداه به وبالدين.

فإن أقر الراهن أن العبد جنى جناية، وهو عند المرتهن، ولم تشهد بذلك بينة، والراهن معدم - لم يصدق؛ لتعدى إقراره لبطلان حق المرتهن، أو ملىء، فإن فداه بقى رهنًا، ولو أسلمه لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل فيؤدى الدين، ويدفع العبد بجنايته.

---

(١) سقط فى ط.

فإن فلس قبل الأجل، فالمرتهن أحق به من أهل الجناية؛ لتقدم حقه، بخلاف ثبوت الجناية بالبينة.

فى النكت لبعض شيوخنا: كان ينبغى إذا افتك العبد على قول ابن القاسم، وبيع بعد الأجل، أن تكون نفقته على السيد؛ لأنه كان ينفق عليه أولا، وإذا أراد المرتهن دفع الجناية من مال العبد، [فليس له ذلك][1].

وأما الرهن فذلك للراهن، اشترط المال رهنًا أم لا؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية، قد يستحق فيلزم السيد غرم مثله؛ لأن رضاه بدفعه كدفعه ذلك من ماله، ولو دفعه من ماله، واستحق، غرم مثله، فإذا أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن، فإن لم يشترط المرتهن المال رهنًا فلا مقال له، وإلا إن دعا إلى فداه فذلك له، وإن أسلم العبد، فذلك للراهن؛ لسقوط حقه بإسلامه؛ لأن أهل الجناية يأخذونه بماله، فلا حجة له فى ماله، إذا رضى بدفع الأرش من مال العبد.

قال التونسى: بيعه قبل حلول الأجل أشبه؛ لأن المرتهن حل فيه محل المجنى [عليه][2]، وقوله: لا يكون ماله رهنًا فى الجناية، لا يفهم، إلا أن يظهر قصده لبقائه على ما كان.

وعن مالك: إذا بيع بماله، أخذت الجناية من جميع ما بيع به، ثم ينظر بعد ذلك إلى قدر ما زاد ماله فى ثمنه، فإن كان النصف فنصف الباقى بعد الجناية للمرتهن من دينه، والباقى الزائد من جهة المال الذى لم يكن رهنًا معه للغريم مع بقية الغرماء، وهو الصواب؛ لأن المال والرقبة كانا مرهونين فى الجناية، وقد فداهما المرتهن جميعًا فيبدأ من جملة ثمنهما، وإذا جنى، فخير سيده فأسلمه فافتداه المرتهن بدية الجناية أو بزيادة على أن يكون له، ثم جنى على آخر بمثل جناية الأول، فإن كان زاد على الجناية، فقد صار ملكًا[3] له، [و] يخير هو فى إسلامه كله وافتدائه، وأما إن افتداه بدية الجناية الأولى، ولم يزد شيئًا، وقد كان أسلمه لسيده ثم جرح آخر، فإن سيده - أيضًا - يُخَيَّر فى إسلامه كله، وافتدائه بدية هذه الجناية الأخيرة.

---

(١) بياض فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: مالكًا.

فإن افتداه [بها][(١)] كان مرهونًا على حاله، فإذا بيع:

فقد قيل: يأخذ مرتهنه من ثمنه ما فداه به من دية الجرح الأخير فيحسبه من دينه؛ لأن جرحه الآخر كان أولى برقبته من الجرح الأول، والجرح الأول أولى من الرهن، فيأخذ ذلك المرتهن من دينه، ومن الدية الأخيرة حتى يستوفى ذلك الجرح الآخر. فإن فضل شيء لم يستوف من الفضلة بقية دينه الذى ارتهنه حتى يستوفى دية الجناية الأولى.

فإن فضل منها شيء استوفى منه بقية رهنه، فإن عجز عن دية الأولى لم يتبعه المرتهن بذلك القدر من دية جنايته التى كان أداها.

فإن فضل شيء أخذه من بقية دينه، وإن لم يفضل شيء اتبعه ببقية دينه خاصة، وكذلك إن عجز الثانى عن الذى أداه المرتهن فى الجناية، لم يكن له إلا الباقى بعد جميع جناية جرحه، وخالف أشهب فقال: يأخذ المرتهن إذا بيع جميع دينه؛ لأن الجرح الآخر كان أولى برقبته، فإن فضل شيء أخذه المرتهن فيما كان افتداه به، فإن فضل عن ذلك شيء رد إلى السيد، ووجهه: أن الجرح الآخر عنده استغرق قيمته له، إلا أن يفضل عن الدين فيكون للجرح الأول، فإن فضل عنه شيء فهو لسيده؛ لأن المرتهن ليس له أكثر مما خرج.

ولو أقر الراهن، أن عبده جنى بعد الرهن، فإن رضى بإسلامه، لم يكن ذلك له، إلا أن يرضى بأداء الدين معجلا؛ لأن الإقرار لا يتعدى ضرره المقر، ولا يلزمه ذلك؛ لأنه يقول: إنما تعدى بعد أن رهنته.

ولو أقر أنه جنى قبل الرهن ثم رهنه، ورضى بافتكاكه، بقى رهنًا، وإن لم يفده، ولا تحمل الجناية، وحلف: أنه ما رضى بتحملها، أجبر على إسلامه، وعجل الدين؛ كمن أعتق الرهن، أو أقر أنه لغيره، والدين مما يجوز له تعجيله.

ولو كان الدين عروضًا من بيع، ولم يرض من هى له بتعجيلها، ما صح إقرار على المرتهن؛ كما لو كان معسرًا، والدين مما له تعجيله، ويخير المجنى عليه فى إغرامه القيمة يوم رهنه؛ لأنه منعه غلته فأشبه الغاصب. وفى عبده حتى يحل الأجلُ فيباع فيه، ويتبعونه بثمنه.

---

(١) سقط فى ط.

قال: وانظر: إذا عتقَ[١] العبد، والدين عروض من بيع، ولم يرض المرتهن تعجيلها، هل يغرم قيمته وتوقف؟ أو يأتي برهن مثله؟ أو يبقى رهنًا بحاله؟ ولا يجوز عتقه لحق المرتهن فى ألا تتبدل عليه الرهان.

وإن كان عبد الملك قد قال فى الرهن يستحق، وقال غيره: إن للراهن الإتيان برهن، ولا ينتقض البيع.

وأما إذا كان له التعجيل:

فقال يمضى العتق ويعجل.

وقال المغيرة: يغرم الأقل من قيمته أو الدين.

وفى بعض الكتب: يعجل الدين، وما بينهما فرق، والأشبه: القيمة، إلا أن تفهم إرادته تعجيل الدين.

وقال ابن يونس: إذا جنى، خُيِّر سيده فى فدائه، وبقائه رهنا، أو يسلمه، فيخير المرتهن فى ثلاثة: إسلامه، واتباع غريمه بدينه إلى أجله، أو يفتكه بزيادة درهم فأكثر على دية الجناية ويكون له بتلا، ويسقط من دينه ذلك الدرهم، ويتبع غريمه بدينه، إلا ذلك الدرهم الذى زاد فيه إلى أجله.

أو يفتكه بديةِ جرحه فقط، فيبقى رهنًا بفدائه ودينه الأول، على أن سيده لا يضمن ما افتكه به إن مات أو نقص عما افتكه به، وليس للمرتهن من مال العبد الأرش إلا بإذن السيد.

فإن امتنع، أسلمه بماله، وإن كان أضعاف الجناية، ثم يخير المرتهن فى الوجوه المتقدمة، فإن افتكه، فماله رهن بالجناية وحدها، ورقبته رهن بالجناية والدين، ولا يكون ماله رهنًا بالدين.

وإذا افتدى المرتهن العبد:

فعن مالك: لايكون ماله رهنًا بجناية ولا دين.

وعنه: هو رهن، وأخذ به أصحابه، إلا ابن القاسم، وهو الصواب؛ لأنه إنما فدى منه ما كان بالجناية مرهونًا، فقد كان ماله مع رقبته رهنًا بجنايته.

وقال (ش): إذا جنى العبد على أجنبى، تعلقت الجناية برقبته، وقدم المرتهن؛

---

(١) فى ط: أعتق.

لتقدمه على المالك.

فرع: فى الكتاب: إذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه، أم لا - رجع، ولا يكون ما أنفق فى الرهن، إذا أنفق بأمره؛ لأنه سلف، إلا أن يقول: على نفقتك فى الرهن، فله حبسه بالنفقة؛ لأجل الشرط، إلا أن يقوم الغرماء، فلا يكون أحق بالفضل عن دينه لأجل نفقته، أذن له أم لا؛ لتعين مزاحمة الغرماء قبل سبب الاختصاص.

فإن قال: هو رهنٌ، فهو أحق، وأما المنفق على الضالة، فهو أحق من الغرماء، إذ لا يقدر عليها صاحبها، ولابد من النفقة عليها.

قاعدة مذهبية:

كل من عمل لغيره عملا، أو أوصل إليه نفعًا من مال، أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه ردُّ مثل ذلك المال، وأجرة المثل فى ذلك العمل، إن كان لابد له من الاستئجار عليه، أو من المال الذى لابد له من إنفاقه؛ كما لو غسل ثوبه، أو حلق رأسه، أو دلكه من غير استدعاءٍ؛ تنزيلا للسان الحال منزلة لسان المقال.

أما ما كان يليه بيده، أو يليه عبده، أو من المال الذى سقط عنه، فلا شىء عليه فيه، والقول قول العامل، والمنفق أنه لم يتبرع.

فهذه القاعدة ترجع بالنفقة فى الضالة والرهن، ولا يشترط أن يكون الحق واجبًا، كأداء الدين، قاله ابن أبى زيد فى النوادر.

وفى النكت: قال بعض القرويين: أنفق[(١)] على أن نفقتك فى الرهن، وما[(٢)] أنفقت رهنًا بنفقتك[(٣)] سواء، ويرجع المرتهن بما أنفق، وإن جاوز رقبة الرهن، بخلاف الضالة ونحوها؛ لأن صاحب الرهن عالم باحتياجه فهو كالآذن.

قال التونسى: نفقة الرهن على الراهن، وسقى ما يدخل فيه على السقى، بخلاف ما كان على غير السقى، فحدث له ما أوجب له أن يخاف عليه، لا يلزمه؛ كما لا يلزمه مرمة الدار، إذا خيف عليها؛ لأنه لم يدخل عليه.

---

(١) فى ط: اتفق.
(٢) فى أ: بما.
(٣) فى ط: فنفقتك.

وإذا قال: أنفق على الرهن لم يكن أحق بالنفقة فى الرهن؛ لأنه سلف، وعلى أن نفقتك فى الرهن، هو أحق بالرهن؛ لتعليقه النفقة بالرهن دون ذمته فأشبه نفقة الضالة.

قال ابن يونس: فى الكتاب تقديم وتأخير، تقديره: لا يكون ما أنفق فى الرهن؛ لأنه سلف، وله حبسه بما أنفق وبما رهنه فيه. إلا أن يقوم الغرماء فلا يكون أحق إلا أن يقول له: أنفق على أن نفقتك فى الرهن، أو أنفق والرهن[1] بما أنفقت رهن وذلك سواء، ولا فرق بين الصيغتين.

وإذا غاب الراهن رفع المرتهن أمره للإمام، فقال له: أنفق على أن نفقتك فيه، فهو أحق من الغرماء، حتى يستوفى نفقته، وليس للزاهن منعك من النفقة؛ لأنه يهلك إن كان حيوانًا أو يخرب إن كان ربعا.

وفى الموازية: ليس على المرتهن عمل الحائط، ولا مرمة الدار، ولا نفقة العبد، وكسوته، اشترط أن الغلة رهن أم لا، ويلزم ذلك الراهن، وليس له ترك الرهن يهلك.

وفى العتبية[2]: إذا هارت بئر النخيل، أجبر الراهن على الإصلاح، وإن أعسر، كان بيع الأصل خيرًا له، يبيع ما سيصلح به، وإن تطوع المرتهن، ورأى ذلك خيرًا للراهن، فعل، وكان أولى بالنخل حتى يأخذ النفقة، ولا ينظر إلى قيمة المنفعة، ولا قيمة الأصناف.

وفى الكتاب: إذا[3] ارتهن نخلا ببئرها فانهارت، فأبى الراهن الإصلاح فأصلح المرتهن لخوف الهلاك - فلا رجوع بما أنفق، لكن يكون له ذلك فى الزرع ورقاب النخل، يبدأ بنفقته فما فضل قضى دينه، فإن فضل فلربه.

قال: وينبغى أن يكون أحق بنفقته، وبمقدار دينه من الغرماء؛ كافتداء العبد الرهن الجانى من الجناية، وإذا خاف الراهن الهلاك على الزرع، وأبى المرتهن النفقة فأخذ مالا من أجنبى فأنفقه عليه، فالأجنى أحق بمبلغ نفقته من ثمن الزرع من المرتهن،

(١) فى ط: وللرهن.
(٢) فى ط: العتيبة.
(٣) فى ط: إن.

[وإن لم يفضل][1] شيء رجع المرتهن بدينه على الراهن.

ومعناه: إذا شرط نفقة الأجنبي فيه، وإلا ففي ذمة الراهن.

وفي الكتاب: إذا ارتهنت أرضًا، فأخذ السلطان منك خراجها، لم ترجع به على الراهن، إلا أن يكون ذلك الخراج حقًّا.

وعن ابن القاسم: إذا لم يوجد من يبيع الرهن إلا بجعل، الجعل على طالب البيع؛ لأنه صاحب الحاجة، والراهن يرجو الدفع من غير الرهن.

وقال أصبغ: على الراهن؛ لوجوب القضاء عليه.

وعن مالك: إذا أكرى الأجير الدار ثم طلب أجرًا، ومثله يؤاجر نفسه، فذلك له، وإلا فلا.

وفي الجواهر: عن ابن القاسم في غير الكتاب: يجبر الراهن على إصلاح الزرع، إن كان مليًّا.

فرع: في الكتاب: إذا ولدت الأمة الرهن، ثم ماتت، فولدها بجميع الرهن؛ لاندراجه في الرهن بأجزائها.

فرع: قال: إذا ارتهنت خلخالين ذهبًا في مائة درهم فاستهلكتهما قبل الأجل أو كسرتهما، وقيمتهما مائة درهم - لم تقاصصه بدينك، بل تؤخذ قيمتهما، وتوضع عند عدلٍ مطبوعًا عليها رهنًا.

فإذا حل الأجل أخذتها، وكذلك إذا كانا فضة فلزمتك القيمة دنانير، فإن أوفاك، أخذ الدنانير، وإلا صرفت لك، وأخذت ثمنها من حقك؛ لأنها بدل الرهن فجعلت كالرهن.

وقد كان ابن القاسم يقول: إذا كسرا، ففيهما نقص الصياغة ثم رجع للقيمة ويكونان له، ولا يكونان للراهن، ولا يكون الرهن بما فيه، ولكن المرتهن ضامن قيمته.

وفي التنبيهات: روينا يطبع على القيمة، أو توضع على يد عدل بـ «أو»، ورجحها جماعة على رواية الواو؛ لأن وضعها على يد العدل يغنيها عن الطبع؛ لانتفاء التهمة على السلف.

---

(١) في ط: وإن فضل.

وعلى هذه الرواية، توضع عند صاحبها مطبوعة؛ لنفى التهمة بالطبع؛ ولأنها لا تراد لعينها فيخشى سلفها، أو يرغب فى عينها فيحبسها ويؤدى ثمنها، لكن يطبع عليها؛ لئلا يتعجل حقه قبل الأجل.

وقيل: تدفع القيمة لرب السوارين، إن جاء برهن ثقة.

وقال أبو عمران: عليه ما نقصت الصياغة.

وعن مالك: عليه أن يصوغهما.

قال: [. . .][(١)] ويصدق المرتهن فيما كان فى الخلخالين؛ لأنه غارم، فإن قال: لا أعلم، وقال الراهن فيهما كذا - حلف واستحق، وإن كان مما يخشى، حلف: أنه دفع للصائغ عند العمل كذا وأنه أخذه على ذلك. قاله مالك.

فرع: فى الكتاب: إذا لم أفتكه فهو بالدين، يمتنع؛ لأنه بيع غرر، وقاله الأئمة، وينقض الرهن، وللمرتهن حبسه بحقه، وهو أحقُّ من الغرماء، فإن فات بيده بما يفوت به البيعُ الفاسد لزمته قيمته يوم حلول الأجل؛ لأنه بيع فاسد، ويقاصه بالدين فيرد الفضل.

قال اللخمى: إذا شرط ذلك فى عقد البيع، فسد البيع والرهن. واختلف إذا فات بعد حلول الأجل، وهو على يد عدل: هل مصيبته من المرتهن؛ لأن العدل قابضه، أو من الراهن؛ لأن الحكم: أن يردَّ ذلك الدين؟

قال ابن يونس: إن كان الرهن بعد البيع، فسد الرهن وحده.

فرع: فى الكتاب: إذا ضمنت ما يُغَابُ عليه، وقام لك غرماء، ولا مال لك غير دينك، فعلى غريمك غرم دينك، وله محاصة غرمائك بقيمة رهنه، ولا يكون دينك عليه رهنًا له بذلك؛ لأنك لم ترهنه، ولا له المحاصة بذلك. وكذلك إن أسلفته، ثم ابتعت منه سلعة بثمن، ولم تذكر[(٢)] أن ذلك فى دينك، ثم قام الغرماء على أحدكما، فلا يكون ما فى ذمتك له رهنًا بما فى ذمة الآخر، ولكن يغرم ويحاصص.

قال ابن يونس: قال أشهب فى مسألة الرهن: صاحب الرهن أولى بما عليه، حتى يستوفى منه قيمة رهنه؛ لأن الراهن لم يدفع رهنه إلا بما قبض، والمرتهن لم

---

(١) بياض فى أ.
(٢) فى ط: يذكر.

يدفع ماله إلا بالرهن الذى أخذه، فكل واحد بيده وثيقة.

فرع: فى الكتاب: لك عتق العبد الرهن، ومكاتبته إن كنت مليا وعجلت الدين. وقاله (ش).

وقال (ح): ينفذ مطلقًا، وتؤخذ القيمة من الموسر وتجعل رهنًا، ويستسعى عبد المعسر فى قيمته فتكون رهنًا، وترجع قيمته على سيده.

ومنشأ الخلاف: هل حق المرتهن هو الغالب بملك الراهن؛ لطريانه عليه، أو الملك أقوى من الراهن؛ لأنه فرعه؟.

لنا: قوله - عليه السلام -: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[1].

ولأن العتق يبطل التوثق، فلا ينفذ؛ كالبيع.

أو قياسا على المفلس بجامع الحجر.

أو بالقياس على إعتاق العبد المأذون إذا صار مديونًا.

احتجوا: بالقياس على عتق غير الراهن؛ بجامع الملك، ولا ينافى الرهن؛ لتعلق العتق بالرقبة.

وحق المرتهن دائر بين الرقبة والذمة فيقدم المختص؛ كالجناية لما اختصت بالرقبة قدمت.

أو نقول: محبوس للاستيفاء، فيقدم فيه عتق المالك؛ كالمبيع فى يد البائع، والعبد المستأجر، والأمة المزوجة، أو إتلاف، فينفذ؛ كالقتل.

والجواب عن الأول بالفرق: بأن الراهن ممنوع من التصرفات؛ لتعلق حق الرهن، بخلاف غيره.

والاختصاص بالرقبة يبطل بالبيع، فإنه يختص بالزقبة، ولا ينفذ.

وعن الثانى: منع الحكم، بل ينفذ فى المبيع، وغيره، مع اليسار دون الإعسار.

سلمناه، ولكنه يبطل بإعتاق عبد المديون[2] وبإعتاق الوارث العبد من التركة؛ ولأن الراهن حجر على نفسه، والمشترى لم يمنع نفسه من التصرف فى المبيع، بل البائع حبس حتى يستوفى الثمن.

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: عبد عبده المأذون.

وعن الثالث: أن العتق تصرف، لا إتلاف، ثم الفارق بالتعذر فى العين بخلاف الرهن.

تفريع:

فى الكتاب: ولك تدبيره، ويبقى رهنًا على حاله؛ لجواز رهن المدبر.

وعن مالك: يتعين التعجيل؛ كالعتق؛ لأن المدبر لا يعتق إلا بعد الموت، وقد يحل قبله ولا يجد غيره.

وإن أعتقه قبل الأجل، فليس لك إرهانه سواه، بل يتعجل الحق إن كنت مليًا، وإلا بقى رهنًا، فإن أفدت مالا قبل الأجل أخذ منه الدين، ونفذ العتق؛ إعمالا للسبب.

وإن أحبلت الأمة بإذن المرتهن، أو كانت تخرج فى حوائج المرتهن، فهى أم ولد، وبطل الرهن؛ لإهماله حقه.

أو بغير إذنه، عجلت الحق فى الملاء وهى أم ولد، وتباع فى العسر؛ لتقدير الدين قبلها دون ولدها؛ لأنه حر، فإن لم يوف ثمنها اتبعت بفاضل الدين، ولو ولدت من المرتهن، لم يلحق به الولد؛ لأنه زانٍ، وهو رهن معها، وعليه أرش الوطء لك كانت بكرًا أو ثيبًا، أكرهها أو طاوعته وهى بكر، دون الثيب، والمرتهن وغيره سواء؛ لأن البكر تنقص فلا أثر لمطاوعتها، بخلاف الثيب، لا يلزمه إلا بالإكراه؛ كالصداق للحرة المكرهة.

فإن اشتراها، وولدها، لم يعتق عليه ولدها؛ لعدم نسبه منه.

قال التونسى: انظر: إذا أعتق والدين عروض من بيع، فقال المرتهن: لا أتعجلها، هل يغرم الراهن قيمته وتوقف رهنًا؟ أو يأتى برهن مثله؛ لكونه فوته؟ أو يبقى رهنًا بحاله، ولا ينفذ العتق، لحق المرتهن فى ألا تتبدل عليه الرهان؟

وإن كان عبد الملك قد قال: إذا استحق، وقد غرّه، يأتى برهن ولا ينقض البيع.

وقال المغيرة: إذا أعتق، يغرم الأقل من قيمته؛ لأنه جنى[1] عليه، أو الدين؛ لأنه المقصود، والأشبه: غرم القيمة، إلا أن يفهم قصده تعجيل الدين.

---

(١) فى ط: أجنى.

وإذا رهن العبد، جاز له وطء جاريته، ولو رهن الجارية ما جاز للعبد أن يطأها؛ لأنه عرضها للانتزاع، وإذا افتكه بقيت له، وله وطؤها، ولو رهنها وسيدها ما جاز له أن يطأها؛ لأن ذلك كالانتزاع، وإذا زوج الأمة الرهن، لم يجز للمرتهن فسخ النكاح.

وظاهر قوله: أن له أن يجيزه؛ كالعيب أو الجناية.

ولأشهب: يفسخ قبل البناء، وإن رضى بإجازته؛ لأنه وإن بنى بها وقف عن وطئها حتى يفتكها.

وابن عبد الحكم: لا يجيز هذا النكاح بحال، وكذلك نكاح المستأجرة، والظئر اللاتى لا يقدر على وطئهن، وكل من لا يجوز وطؤها لا يجوز عقدها؛ كالمعتدة، والمحرمة وقد جاء نكاح المعتكفة مع تحريمه والصائمة.

قال ابن يونس: إذا لم يكن مال، وثمن الكتابة إذا بيعت يوفى الكتابة بيعت، ولعل ابن القاسم يريد فى التدبير: أنه [إن] حلَّ الأجل، وهو معسر بيعت المدبرة، ولا يلزم عليه القول الأول.

وقال محمد: الكتابة مثل التدبير لا يتعين التعجيل.

وقال أشهب: هما مثل العتق يعجل الحق فى الملاء، وإلا بقى بيد المرتهن، فإن أدى الدين نفذ بعد ذلك، وإلا بيع، وإن كان بعض الثمن يوفى عتق الباقى.

وقال أشهب: يباع الجميع فى الولادة، والتدبير، والكتابة، وفضل ثمنه لسيده؛ لتعذر كتابة بعضه أو تدبيره، أو أم ولده.

قال محمد: يبقى فى الكتابة والتدبير رهنًا؛ لأن الكتابة مما تباع، فإن تم الأجل، وفيها وفاء بيعت، ولا يباع الفضل عن الوفاء؛ إعمالا لسبب العتق بحسب الإمكان، وإن لم توف إلا بالرقبة، بيعت، لسبق حق الدين، ويباع المدبر إذا حل الأجل، ولا يباع بعضه على أنه مدبر على حاله ولا على أن يقاويه؛ للغرر فى البيع بالجهل بمدة بقائه مدبرا.

وإذا أحبلها بيع بعضها، ويبقى باقيها أم ولد.

قال ابن يونس: يباع بعض المدبر على أنه رقيق للمبتاع وبقيته مدبر؛ لجواز تدبير أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه ولا ذلك فى المكاتب.

---

(١) فى ط: إن.

وقال أشهب: إذا[١] كان هذا قبل حوز الرهن، نفذ كله، ولا رهن له فى العتق وحده، ولا يعجل له الحق، وأما فى التدبير والكتابة فللمرتهن قبض رهنه فيبقى رهنًا بيده، وهو مدبر ومكاتب، والكتابة معه رهن، بخلاف خدمة المدبر، إلا أن تشترط فى الأصل الرهن، والكتابة كالرقبة لا كالغلة.

وقال محمد: الكتابة كالغَلَّة؛ لأنها لا تكون رهنًا إلا أن يشترطها فى أصل الرهن.

قال محمد: ولو أعتق بعد القبض، وليس بملىء، فإن لم يكن فى ثمنه فضل، لم يبع منه شىء، ولا يعتق حتى يحل الأجل، وقاله مالك.

فإن كان فيه فضل، بيع بقدر الدين وعتق الباقى، وإن لم يوجد من يبتاع بعضه بيع كله، وما فضل عن الدين يصنع به السيد ما شاء؛ لبطلان العتق بالتعذر.

قال ابن يونس: لا يباع كله حتى يحل الأجل، لعل السيد يفيد مالا فيعتق كله أو بعضه.

قال أشهب: فإن كان للسيد مال، عتق مكانه، وإن لم يحل الأجل، وقضى الدين الآن؛ لتعذر الرهن، ولم يؤخر المرتهن [إلا][٢] لأجله، وإن لم يكن له مال، وقضى العبد الدين من ماله، عتق، ولا يرجع على السيد؛ لأنه صرفه فى مصالحه.

وفى الكتاب: إذا أعتق المديان فأراد الغرماء رد العتق، وبيع العبد، فللمرتهن أو أجنبى دفع الدين وينفذ العتق.

وقال بعض الفقهاء: ينبغى لو أسلف سيده أن يرجع؛ لأن للغرماء الصبر بدينهم وإجازة العتق، ولأن السيد لو أعتقه وللعبد عليه دين، ولم يكن استثنى ماله بقى دينه على سيده.

وعن مالك: إذا وطئها، وهى تتصرف في حوائج المرتهن فحملت، بيعت بعد الأجل والوضع، دون ولدها، إلا أن يكون له مال.

والصواب: أن على المرتهن ما نقصها وطؤه، وإن طاوعته، بكرًا كانت أو ثيبًا، وهو أشد من الإكراه؛ لأنها فى الإكراه لا تعدُّ زانية، وفى المطاوعة زانية، فقد دخلها العيب.

---

(١) سقط فى ط.

وعن أشهب: لا شيء عليه في نقصها، وإن كانت بكرًا إن طاوعته؛ كالحرة؛ لأنه من مهر البغي.

وجواب ابن القاسم: أنها كالسلعة.

قال اللخمي: إن كانت عند عدل فسلمها للراهن فحملت منه وهو فقير - ضمن ابن القاسم الأمين قيمتها يوم حملت، ويتبع الأمين السيد، إلا أن يكون فقيرًا فالمرتهن أحق بالجارية إذا لم يعلم.

وعند محمد: لا سبيل للمرتهن عليها، وإن كانا فقيرين الراهن والعدل.

قال صاحب القبس: اختلف في إعتاق الراهن: ففصل مالك بين الموسر والمعسر.

ويرد عليه: أنه نفَّذ العتق من المعسرين في عدة مسائل، وإن أبطل حق الغير، ويتعذر الفرق، وتتشعب الفروع والأصول، وبينهما يحكم على الراهن بأداء الدين يذهب ماله، ورد العتق لا يتعذر شرعًا فكم عتق يرد وأم ولد تباع!

قال: والصحيح عندي: ألا يحكم بنفوذه إلا بعد أداء المال، وقبل ذلك موقوف.

والعجب من أصحابنا: يبطلون الرهن بالعتق، ويضعفونه مع سرايته[1] للولد كما يسري العتق.

فرع: في الكتاب: إذا ارتهنت نخلا ببئرها، أو زرعًا[2] أخضر ببئره، فانهارت بئرها فأبى الراهن الإصلاح، فأصلحتها صونًا للنخل، أو للزرع - فلا رجوع لك بالنفقة على الراهن، بل ذلك في الزرع، ورقاب النخل تبدأ منه بنفقتك[3] فما فضل فلدينك، فما فضل فلربه؛ كالمكتري سنين، أو المساقي ينفق في ذلك، ليس له إلا ما زاد على كراء تلك السنة، أو حظ رب النخل من ثمرة تلك السنة في المساقاة، فإن أنفق الراهن عليه مالا من أجنبي، فالأجنبي أحق بثمن الزرع من المرتهن، والفاضل للمرتهن.

وفي النكت: قال بعض القرويين: إنما يكون الأجنبي أحق إذا قال له: نفقتك في

(١) في ط: سريانه.
(٢) في ط: زرعها.
(٣) في ط: بنفقتكما.

هذا الزرع، وهو لك رهن، وإلا فهو سلف فى ذمته ولا يكون أحق به.

فرع: فى الكتاب: إذا ارتهنته ثوبًا، ورضى الراهن بجعله على يدك، جاز وتضمن حصتك وبقيته من الراهن، وإن لم يجعله على يد أحدكما، جعلتماه حيث شئتما وضمنتماه.

قال ابن يونس: إنما يضمنانه إذا قبضاه، وجعلاه هما بيد أمين، وإن لم يجعل بيد أمين لم يضمناه، فى كتاب واحد والسلف واحد، فليس لأحدكما أن يقضى دون صاحبه، وإن كانا مفترقين مالا وطعامًا، فلا يدخل أحدهما فيما يقضى الآخر كانا فى الكتاب أم لا.

وإنما يرتبطان إذا اتحد الكتاب والحق، ويكون بينهما، أو يرهنان فى شيء واحد، وإن لم يكتبا كنوع واحد ذهب أو طعام، فلا يقضى أحدهما دون الآخر.

في «التنبيهات»: جوز بعضهم من ههنا حوز المشاع مع الراهن المالك لنفسه، والمشهور: لابد من حوز جميعه، أو يجعلانه تحت يد غيرهما.

وقيل: يجوز، إذا حل فى المشاع محل صاحبه وكانت يده عليه مع يده. وقيل: إنما يصح ذلك فيما لا ينقل؛ كالربع، فلا يصح وضع أيديهما عليه ولا يصح الترجيح[1]؛ لأنه لم يقل: إن بقاءه بعدُ بيده لا يبطل الرهن، وإنما تكلم على خروجه من الرهن.

قال ابن يونس: قال بعض الفقهاء: لو أسلفه هذا منفردًا، ثم أسلفه الآخر، لا يدخل أحدهما على صاحبه، ولو جمعا فى كتاب.

وإنما يجمعان فى كتاب، إذا باعاه جميعا سلعة أو أقرضاه جميعًا أو اشتركا فيه قبل ذلك، ولا ينبغى الاشتراك فى الدين بعد الانفصال فيه؛ لأنه غرر. وقد اختلف فى قسمة ما على الرجل الواحد من الدين، فابتداء ذلك أبعد.

وقال (ش): متى يرى أحد الراهنين، أخذ نصيبه، خلافًا لـ (ح).

فرع: فى الكتاب: إذا قتل أحد العبدين صاحبه فى الرهن، فالثانى رهن بالجميع؛ لأن مصيبته من الراهن، وتعلق الدين بأجزاء الرهن كما يتعلق به.

فرع: قال: إذا ارتهنت عبدًا، فأعرته بغير أمر الراهن فهلك بأمر سماوى – لم

(١) فى ط: الترجيع.

تضمن أنت ولا المستعير، وكذلك إن استودعته، إلا أن يستعمله المودع، أو المستعير عملا، أو يبعثه فى شغل يعطب فى مثله، فحينئذ يتعين أنك تسببت فى هلاكه، فتضمن.

قال ابن يونس: قال سحنون: يضمن المرتهن بتعديه؛ لأن التعدى أحد أسباب الضمان الثلاثة، والأشبه فى هذا وأمثاله: الضمان؛ لنقله الرقبة بغير إذن ربها على وجه الاستعمال؛ كتعديه على الدابة وبالميل ونحوه فتعطب، مع العلم بأن الميل بهن لا يوجب عطبًا.

فرع: فى الكتاب: لا يمنع رهن الجارية، ولا بيعها من وطء زوجها، وإن رهنت أمة عبدك أو هما معًا لا يطؤها العبد؛ لأن ذلك كالانتزاع ثم هى فى الوجهين بعد خلاص الرهن للعبد كما كانت؛ لعدم تحقق الانتزاع، وإنما تقدم شبهه، ولا تزوج الأمة بعد الرهن إلا برضا المرتهن؛ لأنه عيب.

قال ابن يونس فى «الموازية»: للعبد المرهون أن يطأ جاريته، وأم ولده إذا لم يشترطهما المرتهن؛ استصحابًا للإباحة[1]، وإن رهنهما جميعًا لا يطأ؛ لأن ذلك انتزاع للأمة وأم الولد.

وقيل: إذا ارتهن عبدًا وشرط أن ماله معه رهن، وللعبد جارية، للعبد الوطء، بخلاف رهنه وجاريته، وهو خلاف ما تقدم فى الموازية، ولا فرق لشبه[2] الانتزاع فى الوجهين.

قال ابن عبد الحكم: إذا زوجها ولم يرض المرتهن، فسخ النكاح، دخل أم لا؟ لتضمنه النهى، ولو دخل بغير علم المرتهن فافتضها، فعليه صداق المثل يوقف معها فى الرهن؛ كالجناية عليها.

فإن نقصها الافتضاضُ أكثر من الصداق، غرم ذلك للسيد، ويوقف مع الصداق، ولها الأكثر من المسمى، أو صداق[3] المثل؛ لعدم تعيين الصحة، ولو افتكّها السيد قبل البناء، انفسخ؛ لتحريمه فى أصله، ويقول سحنون: أبينها، ولو لم يكن للسيد مال، فسخ النكاح.

(١) فى ط: لمباحه.
(٢) فى أ: لشبهه.
(٣) فى ط: صدق.

وإن لم يشعر بذلك حتى بنى وله مال، تعجل المرتهن دينه وثبت النكاح، وإلا فسخ، وكان على الزوج الأكثر من المسمي وصداق المثل.

ولو دفع الزوج للمرتهن جميع دينه ليبقى النكاح، أجبر المرتهن على ذلك؛ جمعا بين تصحيح عقدى النكاح والرهن.

قال اللخمي: لا خلاف أن العبد لا يطؤها، وهى رهن؛ لأنه انتزاع أو تعريض للانتزاع على خلاف.

وإذا رهن دونها:

قال ابن مسلمة: لا يطؤها؛ لأنه انتزاع، وشبهه بالبيع، وإذا زوجت الأمة الرهن، فسخه يحيى، وإن أجازه المرتهن على أن يمنع منها حتى يفتك؛ لأنه نكاح بشرط عدم الوطء.

فرع: في «الجواهر»: ينفك الرهن بأحد أربعة أشياء:

بفسخه، أو فوات عينه بآفة سماوية حيث يضمنه راهنه، أو يجنى العبد ويسلماه[(١)] فيباع فى الجناية، وبقضاء كل الدين.

ووافقنا (ش)، و (ح) فى أن الرهن لا ينفك بدفع بعض الدين، وأن أجزاءه مرهونة، كجملته بجملة الدين؛ قياسًا على الشهادة بجامع التوثق، وكذلك الكفالة يتعلق بالكفيل الدين وأجزاؤه.

فرع: قال: يجوز قول الراهن: بع[(٢)] الرهن، واستوف الثمن لى ثم استوف لنفسك، ويتحد القابض والمقبوض؛ كاتحاد الولى، والزوج إذا وكلته، وبيع الأب مال نفسه لابنه، وهبته وصدقته ووقفه عليه وهو صغير.

وقاله (ح)، وأحمد بن حنبل خلافًا (ش) محتجًا بأنه: لا يبذل جهده فى استيفاء الثمن وهو حكمة التوكيل.

وجوابه: الرضا باجتهاده؛ كما لو وكل[(٣)] عاجزًا نفذ إجماعًا.

فرع: فى «البيان»: إذا اشترط المرتهن على العدل ضمان الجارية فقال: أنا ضامن لرهنك لا يضمن ما يحدث بهذا الرهن من موت وغيره؛ لأن المقصود خوف

(١) فى ط: يسلمه.
(٢) فى أ: مع.
(٣) فى ط: كان.

تدليس الراهن مما يخرجه من يده.

وكذلك إذا قال: أضمن لك كل شيء إلا الموت، والإباق، إلا أن يقول ضامن له لما نقص من حقك فيضمن كل شيء. قاله مالك، ورجع إلى أنه يضمن كل شيء فى الصيغتين، ولا فرق لعموم الصيغة.

وقيل: لا تعم فى الوجهين؛ نظرًا للمقصود، فتكون ثلاثة أقوال، ولم يختلف قوله فى العموم، إذا قال: أنا ضامن لما أصاب الرهن.

فرع: قال: المرتهن مقدم على كفن الراهن، إذا لم يكن له غيره.

فرع: قال: قال مالك: إن توفى وترك رهونًا مجهولة الأصحاب، تباع، ويترك ثمنها حتى يوءس منهم، فيوفى الغرماء بها، فإن ظهر مستحق رجع عليهم، وذلك إذا خشى فساد الرهن وإلا فيوقف؛ لأنه رهنك إن أمن الفساد، فإن خشى عليه بيع، وجعل ثمنه رهنا، ولا يباع المأمون إلا برضاكما، بخلاف المتقارضين يختلفان فى مبلغ القراض، ينظر السلطان؛ لأنك مختص بالرهن بخلاف المقارض.

فرع: قال: إذا قلت: دع الرهن عندى إلى غد فأُسْلِفَكَ فيهلك قبل غد، ضمنت ما يغاب عليه؛ لأنك لم تؤتمن، بل أخذته رهنًا.

فرع: قال: إذا زوجتها من عبدك بغير إذن الراهن فتموت من الولادة، لا تضمن عند مالك؛ لأن الحمل ليس من قبلك، وتضمن عند ابن القاسم؛ لأن الحمل نشأ عن فعلك؛ كما لو طرد الصيد من الحرم إلى الحل، عليه الجزاء؛ لتعريضه للقتل.

فرع: قال: لا يجوز للمرتهن أن يتحمل للراهن بثمن سلعة يقضيه إياها فى حقه؛ لأنه ضمان بجعل، ولا يبيعه شيئًا إلى أجل يصير قضاء من حقه الحال؛ لأنه ربا.

فرع: قال: إذا جاءك غريمٌ قبل أجل دين الرهن:

قال ابن القاسم: إن كان فيه فضل، بيع وقضى المرتهن حقه، وللغريم الفضل، وإلا فلا.

هذا إن كان دين الرهن عينا، أو عرضًا من قرض، أما عروض من بيع فلا تباع إلا إلى الأجل؛ لتعلق الحق بالأجل فى البيع.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا سلم الأمين الأمة للراهن فوطئها بغير علم المرتهن، أخذ منه المرتهن حقه، وكانت أم ولد، فإن أعسر، فقيمتها من الأمين يوم

الوطء؛ لتعديه، واتبع الغريم. فإن أعسرا معا، بيعت بعد الوضع للمرتهن، أو بعضها؛ لتقدم الدين على سبب العتق، والولد حر؛ لتخلفه من سيد الأمة. فإن لم تحمل ولا مال للأمين، خرجت من الرهن، والمرتهن أسوة الغرماء.

وعنه: هو أحق بها.

قال: فيضمن للمرتهن بتعديه إن حملت، أو قتلها، أو دخل عليه الغرماء فيها على القول ببطلان الرهن بالإسلام. قاله محمد.

وخالفه ابن القاسم إذا لم يعلم المرتهن بردها.

والقولان يتخرجان على أن يد الأمين كيد المرتهن، وهل يشهد على قيمته عنده كما يشهد على يد المرتهن أم لا؟ وأخذ قيمتها من الأمين فى إعسار الغريم، إذا كان الحق قدر القيمة فأكثر، وإلا فالحق.

فإن لم يوجد من يشترى بعضها، بيعت كلها ويتصدق الراهن بالفضل عن الدين؛ لأنه ثمن أم ولد.

وقيل: تباع كلها، وإن أمكن بيع البعض؛ نفيًا للضرر بتبعيض العتق فيها، ولا تباع فى المؤجل حتى يحل الأجل، قاله محمد.

وهو على أن الرهن لا يبطل بالإسلام بغير إذن المرتهن.

وعلى القول الآخر: لا تباع ويتبع المرتهن أيهما أيسر أولا، ولا يرجع الأمين على الراهن.

وإذا بيع بعضها، عتق الباقى عند ابن القاسم؛ لتعذر الوطء.

وقيل: تبقى أم ولد، فإن اشترى ما بيع حلت له، وإن فلس وهو يطؤها، ولم تحمل، فأربعة أقوال:

المرتهن أحق بها فى ملاء الأمين وعسره، وهو أسوة الغرماء فى ملائه وعسره، وأحق بها فى ملائه، وأسوة الغرماء فى عدمه؛ لتعذر ما يرجع إليه الغرماء، وعكسه لوجود ما يقبل الحصاص من الملاء، وهو بعيد.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أتيت برهن هلك صاحبه، فقلت للوارث: هذا رهنٌ عندى على كذا، وهو لا يعرف الرهن، ولا ما عليه، أخذ الرهن ولا شىء لك إلا ببينة، وحلف أنه لا يعلم، إن كان يتصور منه اطلاع، وأما الغائب، فلا يمين عليه.

فرع: قال: قال مالك: إذا رهنت نصف أرضك فأعسر، فلا يجوز أن يكريك الرهن لتأخذ منه كل شهر درهمين؛ لأنه دين بدين.

وقيل: يجوز؛ لأن الأرض معينة ليست فى الذمة، ولو أكرى الراهن لغيرك، جازت حوالتك عليه.

فرع: فى «الجواهر»: إذا مات الراهن قبل بدو صلاح الثمرة، [حل دينه، ووفى، وسلم الرهن][1] أو مالا دون الدين، انتظر بدو صلاحها فتباع للذى قبل ذلك، ويحاص المرتهن الغرماء فى الموت والفلس بجملة دينه فيأخذ ما ينوبه، ويبقى الرهن بيده فتباع عند بدو الصلاح، فإن وفى ثمنها الدين، رد ما أخذ فى الحصاص، وإن فضل، رد الفضل مع ما أخذ، وإن نقص، فمقدار النقص هو الذى كان يستحق أن يحاصص به فيأخذه فى الحصاص، ويرد باقيه فيتحاص فيه مع الغرماء، فما بقى فله ولهم.

فرع: قال صاحب الاستذكار: قال مالك: إذا قام أحدهما ببيع الرهن والآخر قد أنظره سنة بحقه، إن لم تنقص قسمة الرهن حق المتأخر، بيع لهذا نصفه فوفى حقه، وإلا بيع كله فأعطى هذا حصته ودفعت البقية للراهن إن رضى الذى أنظره، وإلا حلف المرتهن: ما أنظره إلا ليوقف له رهنه على هيئته ثم أعطى حقه.

وقال مالك: إذا ارتهنا، لا يقضى أحدهما دون الآخر، وإن رهنا، لا يأخذ أحدهما حصته حتى يستوفى المرتهن؛ للضرر فى ذلك. وإن لم يكونا شريكين فيه، قبض أحدهما حصته.

وقال (ح): الشريكان وغيرهما سواء فى المنع؛ نفيًا للضرر مطلقًا.

وقال (ش): الشريكان وغيرهما سواء فى عدم المنع، راهنان أو مرتهنان؛ لأن الأصل عدم الارتباط.

فرع: فى «البيان»: قال ابن القاسم: إذا أقر الراهن أن العبدَ الرهنَ ابنُه، لحق به واتبع بالدين؛ لنفى التهمة فى الإقرار بالنسب، ولو أقر أنه حر، لا يقبل إلا أن يكون له مال فيعجل الحق وإن لم يحل؛ لانخرام الرهن.

فرع: قال البصرى فى تعليقه: إذا استحال العصير خمرًا فى يد المرتهن ثم

(١) فى ط: وإن لم يترك إلا الثمرة، وسلم الرهن للورثة، وحل دينه، وُفى.

انقلبت خلا، بقى رهنًا.

وقال (ش): إن صار العصير خلا بقى رهنًا؛ لأنه لم يخرج عن المالية، وإن صار فى يد المرتهن خمرًا، زال ملك الراهن وبطل الرهن كالحيوان يموت، فإن تخللت عاد الملك؛ كجلد الميتة يدبغ، ويعود الرهن من غير عقد آخر؛ لزوال المانع فعمل للسبب السابق، وإن صار خمرًا قبل القبض، بطل الرهن، فإن عاد لم يعد الرهن.

وقال (ح): لا يبطل الملك بالخمرية، ولا يبطل الرهن؛ كالعبد يرتد.

* * *

الباب الرابع

فى النزاع

إذا قال المأمور ببيع الرهن من قبل السلطان: سلمت الثمن للمرتهن، وجحد المرتهن، ضمن المأمور؛ لأن الأصل: عدم القبض.

ولو قال المأمور: بعت بمائة وسلمتها له، وقال المرتهن: باع بخمسين، وقبضتها، ضمن المأمور خمسين بإقراره؛ كمأمور يدفع مائة فيقول: لم أقبض إلا خمسين، ضمن الخمسين.

قال التونسى: إذا غرم المأمور خمسين، لا يكون المرتهن أحق بها؛ لأنها ليست رهنًا.

ولو قال: لا أدرى بكم باع؟ إلا أنه لم يقبض إلا خمسين وحلف وأغرم العدل الخمسين الأخرى، لكان أحق بها من الغرماء.

قال ابن يونس: ولو كان المرتهن هو الآمر بالبيع، لصدق المأمور مع يمينه فى دفعه للمرتهن؛ لأن الوكيل على البيع مصدق فى دفع الثمن للآمر.

وقال أشهب: لا يضمن المأمور الخمسين الباقية للمرتهن؛ لاعترافه أنه باع بخمسين، بل الراهن.

قال اللخمى: إنما يصدق العدل إذا لم يأت بما لا يشبه.

فرع: فى الكتاب: إذا[1] قال الراهن: لم يحل الأجل، صدق؛ لأن الأصل عدم حلوله، إذا أتى بما يشبه، وإلا فلا. وإذا قال المبتاع بعد فوت السلعة عنده: الثمن مؤجل، وقال البائع: حال، صدق المبتاع فى الأجل القريب دون البعيد، قاله مالك.

وقال ابن القاسم: لا يصدق فى الأجل، ويؤخذ بما أقر به حالا؛ لأن الأصل: عدم التأجيل، إلا أن يقر بأكثر مما ادعاه البائع فلا يكون للبائع إلا ما ادعى.

قال التونسى: اختلافهم بعد فوات المبيع كاختلافهم فى قلة الثمن يصدق المطلوب، وكذلك ينبغى إذا ادعى البائع الحلول أن يصدق المشترى بعد الفوت،

---

(١) فى ط: إن.

وإن رأى ابن القاسم أن الحلول هو الغالب فى البياعات ففيه نظر، بل إن كان للسلعة عادة اتبعت ولا يمكن الاختلاف حينئذ.

قال ابن يونس: قال أشهب: يصدق المرتهن فى حلول الأجل؛ كما إذا قال: حالا.

فرع: فى الكتاب: دينك مائتان رهنك بإحداهما، وقضى إحداهما وقال: هى التى بالرهن، وقلت: الأخرى، قسمت بين المائتين، قام الغرماء أم لا.

قال ابن يونس: يريد: بعد التحالف إذا ادعى البيان.

وقال أشهب: يصدق المقتضى؛ لأنه مدعى عليه.

وقيل: إن كانتا مؤجلتين، صدق الدافع؛ لأنه يقول: إنما قصدت تعجيل المائة لأخذ الرهن، بخلاف الحمالة تقسم على الحقين حالين أو مؤجلين؛ لأنه ليس نسبة المقتضى إلى أحدهما أولى من الآخر.

وفى الموازية: إنما تصح القسمة بين الحقين إذا لم يحلا، أو حلا، وإلا صدق معين الحال مع يمينه، كان المرتهن أو الراهن، فإن ادعى كل واحد البيان، قسم بعد أيمانهما أو نكولهما، وإلا قدم الحالف.

وقال (ش): يصدق الراهن مع يمينه؛ لأنه أخبر بنيته.

قاعدة:

المُدَّعِى: من كان قوله على خلاف عرف أو أصل، كان طالبًا أو مطلوبًا. فالطالب من زيد دينًا مدع؛ لأن الأصل براءة ذمته، والمطلوب برد الوديعة وقد قبضها ببينة، وهو يقول: رددتها بغير بينة - مدع، وإن كان مطلوبًا؛ لأن العرف يقتضى أن من قبض ببينة لا يرد إلا ببينة، والمطالب بتركة الأيتام من الأوصياء، وهو يدعى إنفاقها عليهم فى مدة لم تشهد العادة بمثلها - مدع؛ لأنه على خلاف العرف.

والمدَّعَى عليه: من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وهو مقابل من تقدم فى المثل السابقة.

وهذه القاعدة أصلها: قوله - عليه السلام -: «اَلْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1] فهذا ضابط قوله - عليه السلام -: «مَنِ ادَّعَى» من هو؟

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢١٨)، والبيهقى (٨/ ١٢٣) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

وعلى هذه القاعدة تخرج مسائل هذا الباب.

ومن الفقهاء من يقول: المُدَّعَى عليه: أقرب المتداعيين سببًا، والمُدَّعِى: أبعدهما، وهو معنى ما تقدم.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفا فى مبلغ الدين، فالرهن شاهد للمرتهن، خلافا للأئمة.

لنا: أن الله جعله بدلا من الشاهد بقوله: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣]، والكاتب: الشاهد، عن أئمة التفسير.

وبدل الشيء يقوم مقامه، فيقوم الرهن مقام الشاهد فيشهد، وهو المطلوب.

احتجوا بأن الأصل: براءة ذمة الراهن.

جوابه: أن هذا الأصل معارض بظاهر حال الراهن من وجهين:

أحدهما: من جهة البدلية؛ كما تقدم.

والثانى: من جهة الغالب فى الناس أنهم لا يتوثقون إلا بما يساوى الحق.

قاعدة:

البدل فى الشريعة خمسة أقسام:

يبدل الفعل من الفعل فى محله وذاته؛ كمسح الجبيرة مع الغسل، ومن خصائص هذا القسم: المساواة فى المحل.

وبدل الفعل من الفعل فى المشروعية؛ كبدل الجمعة من الظهر، ومن خصائص هذا القسم: أن البدل أفضل، ولا يعدل إلى المبدل إلا بعد تعذر البدل، بخلاف جميع الأقسام فى هاتين الخاصيتين.

وبدل فى بعض الأحكام؛ كالتيمم مع الوضوء، يباح به بعض ما يباح بالوضوء، وترتفع الجنابة بالماء دون التيمم، وإنما تباح به صلاة، وتباح بالوضوء صلوات.

وبدل فى كل الأحكام، كخصال الكفارة؛ فإن جميع ما يترتب على هذه الخصلة يترتب على الأخرى باعتبار السبب الموجب.

وبدل فى بعض الأحوال؛ كالعزم بدل من تعجيل الصلاة، وحالات الصلاة:

= جده، قال بن عبد البر: إسناده لين. نقله الحافظ عنه فى تلخيص الحبير (٤/ ٧٤)، وأخرجه ابن عدى فى الكامل (٦/ ٣١٠)، والدارقطنى (٤/ ٢١٧ - ٢١٨) من حديث أبى هريرة، وهو ضعيف أيضًا.

التعجيل والتأخير والتوسط، فظهر أن البدل لا يلزم أن يقوم مقام المبدل مطلقًا بل فى الوجه الذى جعل بدلًا فيه.

فحينئذ لا يتم قول الأصحاب: إن الرهن إذا جعل بدل الشاهد يقوم مقامه فى الشهادة، بل إنما يلزم ذلك إذا كان البدل يقوم مقام المبدل مطلقًا حتى يندرج هذا الوجه فى العموم.

فللخصم أن يقوم مقامه فى بعض الأحكام، وهو التوثق، ولم تتعين الشهادة؛ لأن البدل أعم، كما تقدم.

ولا يتم -أيضًا- قول الفقهاء: البدل يقوم مقام المبدل مطلقًا؛ لما قد تقرر، بل فى الوجه الذى جعل بدلا فيه.

فهذه القاعدة لابد من تحقيقها فى هذا المقام، فعليها مدار بحثنا مع الفرق وهى عشرة.

تفريع:

فى الكتاب: إن كانت قيمته يوم الحكم، لا يوم الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر، صدق مع يمينه، وإن تصادقا أن قيمته يوم التراهن أقل من ذلك فزاد سوقه، لم ينظر إلى قيمته الآن؛ لأن الشاهد إنما يعتبر وجوده وقت الشهادة، ويصدق الراهن فيما زاد على قيمته الآن مع يمينه على دعواه ويبرأ من الزيادة.

وإن قلت: رهنت فى مائة دينار، وقال: هى لك علىّ، وإنما رهنت فى خمسين، صدقت فى قيمة الرهن، فإن كانت خمسين، له تعجيلها وأخذ رهنه؛ لأن الأصل عدم الارتهان فى الزائد.

فإن ضاع عندك واختلفتما فى قيمته، تواصفتماه وتصدق فى الصفة مع يمينك؛ لأنك غارمٌ، ثم تقوم تلك الصفة، فإن اختلفتما، صدقت فى مبلغ قيمة تلك الصفة.

فى التنبيهات: يريد بتصديقك فى الصفة إذا ادعيت ضياعه ثم يختلف فى قيامه، ينظر للقيمة يوم الحكم، عند ابن القاسم وفى ضياعه يوم القبض.

وقال غيره: إنما ينظر فى الحالين يوم القبض؛ لأنه يوم الرضا بالتوثق، وقد تختلف الأسواق بعد هذا.

وفى الموازية: متى ثبت هلاكه ببينة، وهو مما لا يضمن، لا يشهد لك، ولا يلزم الراهن إلا ما أقر به؛ لأنه لا يشهد إلا عند قيامه.

وظاهر قوله فى الموازية وغيرها: أنه إنما يشهد على نفسه لا على الذمة، وأن حقه إنما يكون فى عين الرهن، وهو خلاف قول عبد الوهاب، وتأويل بعضهم على الكتاب، أنه شاهد على الذمة يشهد فى قيامه وتلفه، كالإقرار(١)، واختلف: هل يلزم الراهن حلف أم لا؟ والحلف أصح، ولم يختلف فى أيمانهما معا إذا كانت قيمته دون ما ادعاه، وفوق ما أقر به الراهن.

وسكت فى الكتاب عن يمين المرتهن، وبينه مالك فى الموطأ، فقال: يحلف المرتهن على ما ادعى من دين، ويخير الراهن بين إعطاء ذلك وأخذ رهنه، أو يحلف وتبطل عنه الزيادة، فإن نكل، لزمه قول المرتهن.

وقال محمد: يخير المرتهن بين حلفه على دعواه وعلى قيمة الرهن.

وقيل: إنما يحلف المرتهن على الرهن إذا شهدت له على غيره؛ كما لو ادَّعى عشرين وشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه يحلف مع شاهده.

قال صاحب النكت: وفساد هذا القول: أنه لو حلف على عشرين، فوجب له أخذ خمسة عشر، ويجبره المطلوب على الخمسة الزائدة فنكل المطلوب، أليس ترد اليمين على الراهن، فيصير يحلف مرتين على دعوى واحدة، وهو غير مستقيم؟

وقيل: يحلف على جميع دعواه، وإن كانت قيمة الرهن أقل، وإنما يصدق المرتهن فى قيمة الرهن يوم الحكم لا يوم الرهن؛ لأن الرهن بيد المرتهن كالشاهد، وإنما قام بشهادته عند الحكم، فوجب النظر إليها يوم الحاجة، فأما إذا ضاع، فيوم القبض؛ لأنه كشاهد شهد ثم ذهب فينظر إلى شهادته حين أدائها.

قال التونسى: إنما يكون شاهدًا إذا لم يفت، فإن فات وهو لا ضمان فيه على المرتهن، لم يشهد؛ لأنه إنما يشهد على نفسه لا على ذمة الراهن.

واختلف: إذا كان على يدى عدل، هل يكون شاهدًا أم لا؟

ففى الموازية: شهد على يدى المرتهن أو غيره، ولو اختلفا فى جنس الدين لشهد بما يبلغ قيمته؛ كقوله: هو عندى بمائة دينار، ويقول الراهن: فى مائة إردب قمحًا قرضًا وكانت أقل، صدق المرتهن مع يمينه.

فلو قال الراهن: فى مائة، وقلت: فى مائة وخمسين والقيمة مائة، حلف، وقيل

---

(١) فى ط: كإقراره.

للراهن: ادفع مائة وخمسين وخذ رهنك، أو احلف وابرأ.

وإن كان الدين مائة وعشرين، بدئ[١] المرتهن فحلف على مائة وخمسين، وإن شاء حلف على مائة وعشرين وأسقط[٢] ما زاد على القيمة، ولا سبيل للراهن على الرهن حتى يحلف على المائة والخمسين.

فإن حلفا جميعًا، لم يكن الرهن إلا فى قيمته؛ لتساويهما.

وكذلك إن نكلا جميعًا؛ لعدم المرجح لما زاد على القيمة.

وفى الموازية: له دين بكتاب لم يذكر فيه الرهن، فقال له: عندى هذا الرهن بمائة أخرى غير المكتوبة، وقال الراهن: بل بها:

فعن ابن القاسم: يصدق الراهن؛ لأنه لو قال: هو وديعة صدق، وفيه خلاف عن ابن القاسم، وقد قال: إذا وجد الرهن فى التركة وقال الوارث: لا علم لى فى كم رهن، وهو يساوى خمسة، وقال الراهن: فى دينار - يصدق الراهن ولا يكون إقراره بالرهنيّة دليلا على أنه فى قيمته، وإذا رهنه[٣] بحضرة بينة ثم قال المرتهن: جاءنى الراهن بعد ذلك وأخذ منى غير الذى أعطيته بحضرة البينة، والرهن يساوى ما قال - لم يصدق، ولا يشهد الرهن له.

وإذا هلك الرهن ببينة، لم تشهد قيمته؛ لأنه إنما يشهد على نفسه، وإذا ادعيت ردَّ الرهن، لم تصدق، أخذته ببينة أم لا، وإذا[٤] دفعت الرهن وقمت بالدين فقال الراهن: دفعت إليه الدين، صدق الراهن مع يمينه.

وقيل: إن قام بالقرب صدق، وإلا فلا.

قال: والأصوب: تصديقه مطلقًا؛ لأن الظاهر من رد الوثيقة أخذ الدين.

وعلى القول الثانى: لو اختلفا فى طول المدة، صدق المرتهن مع يمينه؛ لأن قيامه عليه كحلول الأجل، قاله سحنون.

ولو قلت: رهننى بعشرة، وقال: بل بعته منك بعشرة:

قال أصبغ: صدق المرتهن إن أراد صاحبه بقوله: قبضت العشرة ثمن الثوب،

---

(١) فى ط: بيدى.
(٢) فى ط: وانفك.
(٣) فى ط: رهنته.
(٤) فى ط: فإذا.

وقال الذى هو بيده: بل هو رهن عندى فى العشرة التى دفعت إليك؛ لأن الأصل: عدم الشراء، ولم يصدق الراهن أن الذى [أخذه الثمن][(١)].

فإن قال البائع: لم أنتقد، وقال الآخر: دفعت إليك السلف، فلا يصدق أحدهما وترد السلعة لصاحبها؛ لأن أحدهما يدعى سلفًا والآخر يدعى شغل ذمة، والأصل عدمها، فيحلف ويبرأ.

وقال أصبغ: إذا قال ربُّ الثوب: رهنته بخمسة، وقال الذى هو فى يديه: [بعته منه][(٢)] بعشرة، صدق مدعى الرهن مع يمينه.

وإن اختلفا، هل هو رهن أو وديعة؟ صدق رَبّه؛ لأن الأصل: براءة ذمته، ولم يقر بدخوله فى الضمان.

وعن ابن القاسم: لو شرطت وضعه على يد أمين فادعى المرتهن ضياعه وصدقه الأمين، وأنكرت وضعه على يد الأمين، فإن كان الموضوع على يده عدلا، فلا ضمان.

وقال أصبغ: يضمن حتى تشهد البينة أنه دفعه للأمين والرهن يكون بما فيه إذا ضاع، ولم يعرف له قيمة ولا صفة؛ لأن الأصل: عدم الغُرْمِ من الجهتين.

وروى أشهب: يجعل من أدنى الرهون.

قال ابن يونس: إنما اعتبرت القيمة يوم الحكم؛ لأنه يومئذ يستوجب بيعه للتوفية[(٣)].

وقال عبد الوهاب: لأن العادة جارية بمساواة الرهن الدّين أو مقاربته يوم يقضى له ببيعه، وإذا كانت القيمة مثل دعوى المرتهن فأكثر، حَلفَ وحده، أو مثل دعوى الراهن، حلف وحده؛ لأن يمين المرتهن لا ينفعه أو أكثر من قول الراهن، وأقل من الآخر فههنا يتحالفان، ويبدأ المرتهن؛ لرجحانه بالشهادة.

قال محمد: ويقبل قول المرتهن فى الصفة بعد الضياع وإن كانت يسيرة.

وعند أشهب: إلا أن يتبين كذبه لقلتها جدًا.

ولو كان الدِّين ألفًا فجاء به فأخرج المرتهن رهنًا يساوى مائة، فقال الراهن:

(١) فى ط: أخذ ثمن.
(٢) فى ط: رهن عندى.
(٣) فى ط: للوفية.

رهنى يساوى ألفًا، صدق مع يمينه؛ لأنه الأشبه، فإذا حلف، سقط عنه من الدين قيمة الرهن، قاله أصبغ.

وقال أشهب، وابن القاسم: بل المرتهن، وإن لم يساو إلا درهمًا؛ كما لو قال: لم يرهنى شيئًا.

قال اللخمى: قال مالك: إذا هلك وتصادقا على الدين، وهو عشرة، وقال الراهن: القيمة عشرة، وقال المرتهن: خمسة، صدق المرتهن، وهذا يؤيد أن الرهن فى أقل من الدين أو أكثر، وإنما كان قول المرتهن لموضع الحوز.

وقال ابن حبيب ذلك إلا أن يأتى بما لا يشبه.

وقال أصبغ: يصدق الراهن؛ بناء على أن الرهن شهد على الذمة، فإن اختلفا فى القضاء، صدق المرتهن إذا لم يسلم الرهن، ويصدق الراهن إن طال، واختلف[١] إذا قرب.

وفى الجواهر: لا يشهد الرهن إلا على نفسه، لا على ذمة الراهن ولا يشهد ما هلك فى ضمان الراهن، وما تلف بيد المرتهن وضمنه، شهدت قيمته، وما قامت بينة بهلاكه مما يغاب عليه، لا يشهد على القول بسقوط الضمان؛ لأنه لا يشهد على ذمة الراهن، والذى على يد أمين، يشهد عند محمد؛ كما لو كان على يده؛ لأنه وكيله.

وخالف أصبغ؛ لأنه غير مؤتمن[٢] عليه، وتعتبر القيمة يوم الحكم إن كان باقيًا، وإلا فيوم القبض، قاله ابن القاسم.

وعنه: يوم الضياع؛ لأنه يوم الضمان.

وعنه: يوم الرهن؛ لأنه يوم وضع اليد.

قال صاحب الاستذكار: قال مالك: إذا اتفقا على الحق واختلفا فى قيمة الرهن الهالك، حلف المرتهن على صفته التى وصفها فتقوم، فإن زادت القيمة على الدين، رد الفضل، أو نقصت، أخذ الفضل، أو ساوت، تقاصا.

قال: وهذا على أصله فى ضمان ما يغاب عليه.

---

(١) فى ط: اختلفت.
(٢) فى ط: مرتهن.

ويرجع عند (ش) بجميع حقه مطلقًا؛ لعدم الضمان.

وعند (ح): يضمن بما فيه فلا تراد، ولا تحالف.

فرع: قال صاحب المنتقى: إذا قلت: الدين ثمانية أرادب، وقال المرتهن: مائة دينار:

قال أصبغ: إن كان ما أقررت به أكثر من الدنانير، صدقت، أو أقل، صدق؛ كما يصدق فى كثرة النوع.

فرع: قال الأبهرى: إذا تنازعا تلف ما يغاب عليه، فقال المرتهن: أنت خبأته، صدق المرتهن وحلف إن اتهم؛ كالوديعة، ولأن الأصل عدم العدوان.

وقيل: يحلف مطلقًا.

والفرق: أن المرتهن قبض لحق نفسه.

وفى العتبية: لا يحلف؛ لأنه يغرم إلا أن يقول: أخبرنى مخبر صادق أنه عندك.

فرع: في «الجلاب»: إذا تنازعتما فى رد الرهن، لم تصدق إلا ببينة.

والفرق بينه وبين الوديعة: أن المودع أمين مطلقًا، والمرتهن قبض لحق نفسه.

فرع: فى «البيان»: قال ابن القاسم: إذا ادعى المرتهن أنه ضاع عند الأمين، ولا بينة له على أنه وضعه عند الأمين إلا بتصديق الأمين:

إن كان الأمين عدلا، فلا ضمان على المرتهن؛ لأنه لما رهن بشرط وضعه على يد عدل صار المرتهن كالرسول، أو كالمودع، يؤمر بإيداع الوديعة عند غيره، فيدعى أنه فعل وضاعت هنالك.

وعنه: لا يبرأ فى الرهن، إلا ببينة على الدفع للأمين.

والفرق: شائبة الضمان والتهمة.

فإن دفعه لغير عدل، ضمن؛ لأنه إنما أذن له فى العدل، فإن شهدت البينة، وادعى عدم[1] العلم بعدم عدالته، صدق إلا فى المشهور بالفسق، وقاله ابن القاسم في «الوديعة» إذا أذن له فى إيداعها فضاعت.

فرع: فى «الكتاب»: إذا ضاع أحد الثوبين، صدق المرتهن مع يمينه فى قيمته وسقط من الدّين قيمة الثوب.

---

(١) فى أ: علم.

وإذا قلت: هما رهن بألف، و قال الآخر: وديعة أو عارية، صدق؛ لأن الأصل عدم رهنه.

ولو كانا نمطا وجُبَّة، فهلك النمط، فقلت: هو وديعة، والجبة رهن، وعكس الراهن، فلا يصدق فى تضمينه، ولا أنت فى الرهينة، ويأخذ الجبة ربها.

قال ابن يونس: يريد ويحلفان.

قال ابن القاسم: إن رهنه بغير بينة فادعى رده وأخذ دينه، حلف الراهن وضمنه؛ لأن الأصل عدم الرد.

قال المخزومى: إن أعرته ليرهن لنفسه، لم يكن رهنًا إلا بما أذنت له، والمستعير مدعٍ؛ لأنك فعلت معروفًا، ولا تكون تشهد للمرتهن؛ لأنك استحققته وبقى الدين كَدين لا رهن فيه، فيصدق الراهن إلا فى أقل مما ادعيته فيصدق المرتهن حينئذ؛ [لأن الرهن][(1)] له، ويباع له إن أعدم الراهن.

فرع: قال ابن يونس: إذا أرسلته ليرهن ثوبًا فى خمسة، وقلت: وصلت إليك، وقال الرسول: بل فى خمسة عشر، وقال المرتهن: فى عشرين، وقيمة الثوب عشرة، يحلف المرتهن، ثم أنت، وتغرم عشرة - قيمة الثوب - إن أحببت أخذه، ثم يحلف الرسول يمينًا لك: لقد وصل إليك عشرة، ويمينًا للمرتهن: ما رهنته إلا فى خمسة عشر، ويغرم لك خمسة.

ولو قامت لك بينة وصدقك الرسول، أعطيت خمسة وأخذت رهنك وحلف الرسول للمرتهن وبرئ ولم يطالبه المرتهن بشىء.

وإن لم تكن بينة وقال المرتهن: بعشرة، صدق إلى قيمة الرهن مع يمينه ثم تفتك أنت رهنك بقيمته، أو تتركه بما فيه.

وإن ادعى [المرتهن][(2)] أكثر من قيمة الرهن، حلف الرسول: ما أرسله إلا بخمسة، وبرئ ولم يطالبه الآمر ولا المرتهن بشىء، ولا يرجع المرتهن على الرسول بخمسة، إذا كان الرهن يساوى عشرة، إذا أقام الراهن بينة وأخذ رهنه؛ لأن الرهن الذى كان يصدقه انتزع بالبينة، فلا حجة له بقيمته.

---

(1) فى ط: لأنه رهن.
(2) سقط فى أ.

قال صاحب «البيان»: قال مالك: إذا أمرته أن يرهن لك ثوبًا فى خمسة فزاد لنفسه خمسة، وقلت: لم آمره، أخذت العشرة منك إن كانت قيمة الثوب، أقر الرسول برهنه بالزيادة أم لا؛ لأن الرهن شاهد للمرتهن بقيمته فيصدق مع يمينه، وترجع أنت على الرسول بالزيادة إن اعترف بها، فإن ادعى أنه رهن بالعشرة ودفعها إليك، فأربعة أقوال:

يصدق مع يمينه [مطلقًا](١)؛ لأنه أمين.

ولا يصدق مطلقًا؛ لأنك لم تأتمنه على الزيادة.

ويصدق فى القرب مع يمينه، وفى البعد بغير يمين؛ لأن ادعاءك بعد البعد يوهنك.

ولا يصدق فى القرب، ويصدق فى البعد مع يمينه.

وإن قال: إنما رهنته بخمسة، حلف وبرئ، وإن أقر أنه استزادها لنفسه(٢)، ورضى المرتهن باتباعه، سقطت عنه اليمين، وإن كانت لك بينة أنك أمرته بخمسة فقط، دفعتها وأخذت رهنك، وحلف هو للمرتهن: ما رهنت إلا بخمسة؛ لأنك بأخذك لرهنك لم يبق للمرتهن شاهد.

وإن ادعى أكثر من قيمة الرهن، حلف الرسول: ما رهنه إلا بخمسة، ولا يتبعه واحد منكما، ويحلف المرتهن ويستحق قيمة الرهن، وتبدأ أنت بيمين الرسول؛ لأنه بمنزلتك، فلو نكل غرم تمام العشرة؛ لتفريطه بعدم الإشهاد. فإن قال: ما أمرته إلا بخمسة ورهنته بغيره، ولك بينة، أخذت رهنك، واتبع الرسول.

وإن لم تكن لك بينة:

قال سحنون: تحلف: ما أمرت إلا بخمسة، وتغرم قيمة الرهن إن نقصت عن العشرة واتبع [المرتهن الرسول](٣) بما نقص عن العشرة، واتبعته بما غرمت فوق الخمسة.

فإن قال: أمرتنى بعشرة، وقلت: بخمسة، صدق مع يمينه؛ لأنه أمين، ولك فداء رهنك، ولا تتبعه، ولو ادعى المرتهن عشرين، وقلت: خمسة، وقال الرسول:

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: لنفيسه.
(٣) فى ط: الرسول المرتهن.

خمسة عشر، والقيمة عشرة، حلف المرتهن ثم حلفت، فإن أردت ثوبك، دفعت عشرة ثم يحلف الرسول يمينين ويغرم الخمسة الزائدة على قيمة الثوب؛ لإقراره بقبض خمسة عشر، ويحلف لقد أوصل إليك عشرين وللمرتهن ما قبضت إلا خمسة عشر.

فرع: في الكتاب: إذا أقر أن الرهن لغيره، لم يسمع؛ لأنه إقرار على الغير.

فرع: قال: يصدق المرتهن فى دعوى الإباق، إلا أن يأتى بمنكر؛ لأنه أمين مطلقًا فى الحيوان.

فرع: فى الجواهر: إذا اعترف الراهن بالجناية وهو معدم، لا يصدق، أو ملىء، خير فى فدائه وإسلامه، فإن فداه بقى رهنًا، أو أسلمه، لم يكن له ذلك حتى يحلّ الأجل فيدفع الدين، فإن فلس قبل ذلك، فالمرتهن أحق به من المجنى عليه؛ لأن إقرار الراهن لا يسمع عليه.

قاعدة:

الإقرار قسمان:

بسيط.

ومركب.

فالبسيط ما أضر بالمقر فقط، نحو: له عندى دينار، يسمع إجماعًا من البر والفاجر؛ لأنه على خلاف الوازع الطبعى، فاكتفى صاحب الشرع بالطبع عن وازع الشرع.

والمركب: فيه إضرار به وبغيره، نحو: عندى وعند زيد دينار، يسمع فى حقه فقط.

أما إن أضر بالغير فقط فهو يسمى «دعوى بالإقرار» فلابد فيها من حجة شرعية إن كانت لنفع[(١)] القائل، وإن كانت لنفع الغير فهى المسماة[(٢)] بـ« الشهادة»، إن عضدتها العدالة قبلت، وإلا فلا، فبهذا التقرير يظهر الفرق بين الشهادة، والدعوى، والإقرار، ويظهر فقه هذا النوع.

---

(١) فى ط: تنفع.
(٢) فى ط: المسمى.

فرع: فى الجواهر: قال الذى على يده الرهن: بعته بمائة ودفعته للمرتهن، وقال المرتهن: بل بخمسين وهى التى دفعتها إلى، صدق المرتهن مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء دينه، ويغرم العدل الخمسين؛ لإقراره.

ثم ينظر: إن قال المرتهن: لا أدرى ما بعت به إلا من قولك - أخذ الخمسين الأخرى إن اغترقها دينه؛ لأنها ثمن الرهن.

وإن ادعى العلم بخمسين:

قال أشهب: لا يضمن الخمسين للمرتهن بل للراهن؛ لتصديقه إياه.

وتردد اللخمى فى أخذه إياها مؤاخذة بظاهر العدل.

فرع: فى المقدمات: لو وجد الرهن بيده بعد التفليس وادَّعى قبضه قبل التفليس وجحده الغرماء، لجرى القولان اللذان فى الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق، فيدعى قبضها فى صحته، وفى المدونة: دليل على القولين.

ولو لم يتعلق به للغرماء حق، لصدق وشهد له بقيمته على الراهن؛ لعدم المزاحم.

فرع: فى البيان: إذا انهدمت دار فتقوم عليها، فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا ادعى رجل بعد حوزك مدة أنه ارتهن قبلك وحازه، وقامت البينة على الرهن والحيازة وأنه لم يعلم برهنك، يبدأ الأول ولك ما بقى دون الغرماء.

قال: لأن الرهن بعد حوزه لا يبطل برجوعه للراهن إلا أن يعلم المرتهن فيسكت، فلو علم الأول بطل حقه.

فرع: قال: قال ابن القاسم: رهنت سوار امرأتك بغير أمرها فعلمت أوأعلمتها، إن طلبت بالقرب وحلفت: ما دفعته لك، فذلك لها، وإلا فلا؛ لرضاها بالرهن. وعنه: لها ذلك بعد الطول وتحلف: ما رضيت؛ لأن الأصل عدم الرضا، وهذا إذا لم تحضر الارتهان، وإلا فإن بادرت فلها، وإن سكتت وأنكرت قبل انقضاء المجلس، فعلى الخلاف فى السكوت هو هو كالإقرار أم لا؟ وإن انفصلا عن المجلس، لزمها اتفاقًا، والله أعلم.

* * *

فهرس المحتويات